





Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering
Geh. Justizrath und Professor an der Universität Göttingen
und **Dr. Joseph Unger.**

In Verbindung

mit

Otto Bähr und **Agathon Wunderlich,**
Mitgliedern der Oberappellationsgerichte zu Berlin und Lübeck.

Zwölfter Band.

Jena,
Mauke's Verlag
(Hermann Dufft).
1873.

1874, June 6.
Minot Fund.

Inhalt.

I.

Zur Lehre vom Rechtssubjekt:

Genuß und Verfügung;

Zwecksatzungen Zweckvermögen und juristische Personen.

Von Professor E. J. Bekker in Greifswald.

Uebersicht.

ander. — § 8. Besprechung einschlägiger Erkenntnisse. — § 9. Zusammenstellung der Resultate.

Der Ausgangspunkt der nachfolgenden Untersuchungen liegt im Aktienrecht: welche Schutzmittel hat der einzelne Aktionär gegen die Direktion, den Aufsichtsrath, die Generalversammlung? welche die Minorität wider die Majorität der Aktionäre? Dieselben Fragen kehren bei andern Rechtsvereinen, Gemeinden, Genossenschaften, Korporationen wieder, sie sind bisweilen literarisch erörtert und in Prozessen verhandelt worden; die Antworten stehen auch hier nicht fest. Speziell für die Aktiengesellschaften ist die Literatur noch dürftig (doch vergl. Renaud in Goldschmidt's Zeitschr. f. H.-R. XII. 1), die Wichtigkeit der Sache evident.

Unter welchen Voraussetzungen der Einzelne klagen könne gegen die Gesammtheit, der er angehört, das ist nur aus der Kenntniß des Wesens dieser Gesammtheit zu entscheiden. Also was ist Aktiengesellschaft? Ist sie Korporation? Was ist Korporation? Ist sie juristische Person? Gibt es juristische Personen? Die juristische Person gilt uns als künstliches Rechtssubjekt; aber was ist Rechtssubjekt? Was ist subjektives Recht, was objektives? — Der Weg ist vortrefflich, um in die Unendlichkeit hinein und nicht wieder heraus zu führen. Zu irgend welchen Resultaten zu gelangen, müssen wir ab ovo anfangen, d. h. nicht von dem wirklichen, sondern von irgend einem willkürlich, für unsern besondern Gebrauch eben angenommenen Urquell. So sehr wir uns sträuben gegen das Ungründliche der Methode, uns steht keine andere zu Gebot.

Bis zum „Rechtssubjekt" und zu dem was damit im unlösbaren Zusammenhange, zum „subjektiven Recht" werde ich zurückgehen. Soviel mit diesen Begriffen operirt worden, die

Bestimmungen derselben sind doch noch kein Gemeingut unserer Wissenschaft, wer sie braucht, muß sie sich selber holen aus den Quellen Gesetzen Gewohnheiten Entscheidungen Fällen. Haben wir aus dem Allen einen relativ sichern Boden uns gewonnen, so ist die spätere Arbeit leichter, durch eine logische Thätigkeit zu vollbringen.

Muß ich diese hier vertheidigen, in Schutz nehmen, zumal gegen die Angriffe Ihering's (Geist III. 233 f.)? Mich dünkt, in Wirklichkeit liegen unsere Ansichten gar nicht so weit aus einander, der Gegensatz besteht mehr in der Ausdrucksweise als in den Gedanken. Die (a. a. O.) notirten Aussprüche Puchta's verdamme ich ebenso entschieden, wie Ihering selber; schon vor Langem habe ich gekämpft gegen das Streben, einen Extrakt des Rechts in Formeln zu schaffen, und dann statt wirkliches Rechts diesen Extrakt in beliebiger Verdünnung zu verabfolgen. Thorheit ist es, Erscheinungen die im Leben vorkommen, als dem Begriffe der Obligation, des Besitzes, des Erbrechts widersprechend brandmarken und ächten zu wollen; doch wo liegt der Fehler? Nicht darin, daß wir Unvereinbares für unvereinbar erklären, sondern daß wir selber erst diese Unvereinbarkeiten schaffen, und ein Nachgeben auf der falschen Seite fordern. Was dem wirklichen Begriff der Obligation widerstreitet, das kann auf dem Gebiete des Obligationenrechts nicht vorkommen, und was vorkommt, das widerstreitet ihm nicht; wenn aber etwas dem aufgestellten Begriffe widerstreiten sollte, nun so ist eben dieser aufgestellte Begriff nicht der wirkliche. Die energische logische Arbeit Puchta's ist noch immer dankenswerth, und der Nutzen derselben auch dadurch keineswegs für uns verloren, daß sie selber häufig die Produkte seines eigenen Denkens mit Realitäten verwechselt hat. Wo er sagt, das und das verträgt sich nicht, da hat er fast immer recht, eine Inkompatibilität liegt vor, das eine Etwas muß

gestrichen werden; können wir nachweisen, daß gerade Das zu erhalten ist, was er streichen wollte, so ergibt sich für uns ohne weitere Mühe, daß das andere, eben die Puchtasche Definition fallen muß. Damit ist so viel gewonnen, daß wir von einer falschen Auffassung loskommen und, falls dieselbe einst richtig gewesen sein sollte, uns überzeugen, wie der Rechtsbegriff selber den Wandelungen der Zeit unterlegen hat.

Nicht zu leugnen, daß ich hierbei einen parteiischen Standpunkt einnehme, „mea res agitur." Ich will aus den Begriffen praktische Resultate gewinnen, ergangene Entscheidungen nach ihrem Verhältniß zu den Begriffen kritisiren. Der unmittelbare Anhalt, den mir die Gesetze geben, ist meist ein schwacher, der aus Gewohnheiten noch schwächer, zumal wegen den Schwierigkeiten der Konstatirung; die richterlichen Erkenntnisse sind dem Irrthum ebenso zugänglich wie literarische Arbeiten, auch stehen die meisten unter der Herrschaft gangbarer Theorieen. Wollte ich von dem logischen unlösbaren Zusammenhang zwischen dem Besonderen und Allgemeinen absehen, so würde der Boden mir unter den Füßen gänzlich entschwinden. Uebrigens dürfte jede Methode am besten nach ihren Früchten zu beurtheilen sein; also zur Sache.

§. 1.

Was ist „Rechtssubjekt? Genauer, in welchem Verhältniß muß ein Etwas zu einem subjektiven Rechte stehen, um als Subjekt desselben angenommen zu werden? — Es wird schwer halten, eine Antwort auf diese Frage zu finden, die nicht den Begriff des „subjektiven Rechts" zur Voraussetzung hätte. Ueber diesen aber gehen bekanntlich die Ansichten nicht weniger weit aus einander, als über das „Rechtssubjekt"; an ein wirkliches Feststellen des Begriffs ist einstweilen nicht

zu denken. Wer damit operiren will, muß seinen Begriff für sich abschließen und festhalten. Zunächst kommt weniger an auf eine Rechtfertigung, als auf klare Darlegung und konsequente Durchführung; die Rechtfertigung mag, wie bei jeder anderen Hypothese, aus den Resultaten hervorgehen.

Recht im subjektiven Sinne heiße ich ein Gewaltsverhältniß, das nicht beruht auf der eigenen Kraft des Gewalthabers, sondern auf der eines Dritten, der in gleicher Weise steht über dem Gewalthaber und dem in der Gewalt Befindlichen.

„Nicht auf der eigenen Kraft", darin liegt, daß nicht zu denken ist an das Verhältniß von Geist und Körper, daß der Gewalthaber und das in der Gewalt Befindliche räumlich, körperlich geschieden sein müssen. Es folgt hieraus weiter, ebenso aus dem Eingreifen „eines Dritten", daß das Verhältniß kein ursprüngliches rein natürliches sein kann, sondern Folge ist allemal von einem Prozesse geschichtlichen Werdens. Der Dritte, der über den andern Beiden steht, hätte vielleicht gleich als der Staat bezeichnet werden sollen, doch sprachen mehre Bedenken dawider. Einmal, daß Recht und Nichtrecht, Staat und Nichtstaat keine scharfen Gegensätze, vielmehr Staat wie Recht relative Begriffe sind. Alle Völker lebten einstmals in Nichtstaaten, bei den meisten lebensfähigen hat sich im Laufe der Zeiten die Staatenbildung bereits vollzogen; doch mit welchem Augenblick? Der Uebergang ist überall ein allmählicher gewesen. Wohl mögen wir die vollendete Organisation, die Befähigung zum einheitlichen Handeln als Kriterien der fertigen staatlichen Existenz aufstellen, der Moment dieser Vollendung, der errichten Befähigung ist ebensowenig genau zu bestimmen wie der des Lebendigwerdens des Kindes im Mutterleibe, den die Carolina als maßgebend annehmen möchte, oder wie der thatsächliche Beginn der Zurechnungsfähigkeit eines

Menschen. Desgleichen kann ein Verhältniß mehr oder weniger Recht sein, in werdenden Staaten und auch noch in gewordenen. Daher schien es zu weit gegriffen, den vorstaatlichen Bildungen die Möglichkeit des Bestehens von Rechten in ihnen gänzlich abzusprechen. Sodann war an kirchliche Rechte zu denken: daß zu Zeiten die Kirche mit ähnlicher Obergewalt wie der Staat über den Parteien gestanden hat, läßt sich nicht leugnen. Und wenn wir die Hoffnung auf dereinstige Herstellung eines wirklichen Völkerrechts, und auch eines wirklichen Staatsrechts, nicht fallen lassen wollen, so müssen wir uns mit der Anschauung befreunden, daß nicht blos ein Einzelstaat, sondern auch ein Komplex, ein System von Staaten auf die höchste Stelle verwiesen und als Schirmherr von Rechten angenommen werden könne.

Doch wie dem auch sei, bei all denjenigen Rechten (Privatrechten), auf die wir hier sehen wollen, ist der Dritte, der in gleicher Weise über dem Subjekte und dem Objekte steht, kein anderer als der Staat, alle vorstaatlichen nebenstaatlichen und überstaatlichen Schöpfungen werden außer Ansatz bleiben. — Die Natur des Objekts eines solchen Rechts bestimmt sich demnach dadurch, daß es der einem außer ihm Stehenden zugehörigen und von dem Staate anerkannten eventuell geschützten Gewalt unterliegen soll. Eine Gewalt haben, und nach Umständen mit Hülfe der Staatsorgane durchführen, können wir nur gegenüber greifbaren Dingen, nicht gegenüber Abstraktionen, auch nicht gegenüber geistigen Existenzen, Gefühlen Empfindungen Gedanken Dritter. Sodann kehrt sich unsere Gewalt nur wider das Greifbare selber in seiner Totalität, nicht wider einzelne Qualitäten, wie Tugend Schönheit Gesundheit desselben, auch nicht allgemeine wie der Kraft und Brauchbarkeit, und erst recht nicht wider den Werth, d. h. das Urtheil das maßgebende Kreise über die Brauchbarkeit oder

überhaupt Erwünschtheit dieses Gegenstandes im Vergleiche zu anderen sich gebildet haben. Auch was körperlich vorhanden, doch für uns ungreifbar, und auch den Ausflüssen unseres Willens unerreichbar besteht, wie Sterne Kometen Monde und vorläufig noch Wolken und Erdinneres jenseits einer gewissen Grenze kann nicht Rechtsobjekt sein. Dahingegen macht es keinen Unterschied, ob das Greifbare, Erreichbare und durch unser Wollen zu Bestimmende todt oder lebendig, Thier oder Mensch ist.

Immobilien und Mobilien, was sich selber bewegt als unvernünftiges oder vernünftiges Wesen, kann alles der Gewalt unterliegen, Objekt von Rechten sein; insofern „macht es keinen Unterschied." Dahingegen wirken die Verschiedenheiten der Objekte allerdings auf die Beschaffenheit der an ihnen bestehenden Rechte. Zumal der Gegensatz von Mensch und Nichtmensch, persona und res. Der Mensch ist geschaffen zum Handeln, die Sache kann nicht handeln; jedes Recht am Menschen soll die Handlungsfähigkeit desselben respektiren, jedes Recht an der Sache diese erfassen als handlungsunfähiges Etwas. Es ist nur eine Konsequenz der zu Grunde liegenden Anschauung dieses Gegensatzes, daß die Ausübung der Rechte an Menschen vornehmlich besteht aus dem Handeln, der Rechte an Sachen ausschließlich aus dem Leiden des Objekts; für Menschen und Sachen wird damit einfach das was naturgemäß ist verwirklicht. Ebenso ist es nur eine Entwicklung der von der Natur gegebenen Verschiedenheit, daß wider Menschen und wider Sachen auch der eventuell zu übende Zwang verschiedene Gestalten annimmt: das Leiden der Sache kann direkt erzwungen werden, dieser Zwang wird zum Besten geübt vom Berechtigten selber, staatliche Einmischung wäre zum Mindesten unzweckmäßig; Handlungen des Menschen aber sind überall nicht direkt, sondern nur indirekt zu erzwingen, und diesen Zwang

wird bei etwas vorgeschrittenen Kulturverhältnissen der Staat überwiegend oder gar ausschließlich zu üben haben. So bekommen wir zwei große und erschöpfende Gruppen von Rechten, je nachdem das Objekt Sache oder Mensch ist, naturgemäß in den wichtigsten Beziehungen der Ausübung und namentlich des Zwanges von einander unterschieden, während die allgemeinen Kennzeichen des Rechts bei beiden gleichmäßig zutreffen.

Da wir auf das Römische Recht stets zuerst zu sehen gewöhnt sind, wird unsere Anschauung des Gegensatzes gestört durch die naturwidrige Konstruktion des Römischen Sklavenrechts, und in Anlehnung daran der Familiengewalten einschließlich des alten Mündelrechts. Den Beweis der Unhaltbarkeit dieser Gebilde hat die Geschichte bereits geführt, wir haben keine Sklaven mehr, und wollen auch Kinder und Frauen nicht mehr sachenähnlich halten; mit einer natürlichen Konstruktion der Familiengewalten aber, an Stelle der beseitigten unnatürlichen, sind wir bisher noch nicht weit gediehen. Sehen wir ab von dieser ungesunden Ausweitung der dinglichen Rechte in das Gebiet der persönlichen Rechte hinein, so bleibt der Gegensatz von Eigenthum und iura in re aliena auf der einen, Obligationen auf der andern Seite; betreffs beider aber ist zu bemerken, daß wir uns zu hüten haben, diese Gestaltungen, wie sie im Römischen Recht auftreten, für rein principmäßig zu halten. Es fragt sich, ob überhaupt ein Volk mit lediglich aus allgemeinen Gedanken entwickelten Rechten auszukommen vermöchte; die Römer haben stets auf ihre besonderen inneren und äußeren Verhältnisse sorgfältigste Rücksicht genommen. Der principielle Gegensatz der Rechte an Sachen und an Personen kommt bei ihnen und zwar sehr deutlich zum Vorschein, die Erscheinungsform aber ist nichtsdestoweniger eine specifisch Römische.

Unsere Aufstellungen können zu mannigfaltigen Zweifeln

und Bedenken Anlaß geben, betreffs des Wesens der Rechte überhaupt und namentlich der Rechtsobjekte eine Reihe naheliegender Fragen eingehend zu erörtern wäre mir selber nichts weniger als uninteressant, aber auch die Gefahr, in's Grenzenlose zu gerathen, ist wieder unverkennbar. Ueberdies wird die Aufhellung des einen Punkts, auf den wir lossteuern möchten, schon genug Noth und Mühe machen. Was seitab liegt, muß liegen bleiben bis auf ein ander Mal.

Also: wenn Recht ist, was wir so eben gezeichnet haben, in welchem Verhältniß zu diesem Rechte muß ein Etwas stehen, um Subjekt desselben zu sein? Das Recht soll angeknüpft sein an das Subjekt, soll ein Recht des Subjekts sein; — das ist richtig gewiß, aber kaum eine Antwort, eigentlich nur eine Umschreibung der Frage. Wie soll das Recht angeknüpft sein? welches sind die Bedingungen, die gestatten, ein Recht als Recht dieses Subjekts aufzuführen?

Die Antwort mag nahe zu liegen scheinen. Das Recht ist Gewalt, Rechtssubjekt wer die Gewalt hat. Gewalt aber ist das Vermögen über Etwas das von unserm Willen abhängt; Rechtssubjekt also derjenige, dessen Wollen für das rechtliche Handeln oder Leiden des Objekts bestimmend wirkt. Oder auch: derjenige, dessen Wille sich in der Rechtsausübung verwirklicht. Ob die Fassung noch anders besser zu geben wäre, mag ungeprüft bleiben; die Antwort ist ihrer Substanz nach nicht aufrecht zu erhalten. Sehen wir auf Kinder (infantes), Wahnsinnige, Abwesende, Verschollene, Verschwender: der Wille all dieser Personen ist nicht maßgebend für die Ausübung der ihnen nach gemeinem Sprachgebrauch zuständigen Rechte. Entweder also sind alle diese nicht Subjekte der für sie zu verwaltenden Rechte; oder aber die Rechtssubjektivität wird nicht bedingt durch Abhängigkeit der Rechtsausübung von dem Willen des Subjekts. Bleiben wir dabei, die

wird bei etwas vorgeschrittenen Kulturverhältnissen der Staat überwiegend oder gar ausschließlich zu üben haben. So bekommen wir zwei große und erschöpfende Gruppen von Rechten, je nachdem das Objekt Sache oder Mensch ist, naturgemäß in den wichtigsten Beziehungen der Ausübung und namentlich des Zwanges von einander unterschieden, während die allgemeinen Kennzeichen des Rechts bei beiden gleichmäßig zutreffen.

Da wir auf das Römische Recht stets zuerst zu sehen gewöhnt sind, wird unsere Anschauung des Gegensatzes gestört durch die naturwidrige Konstruktion des Römischen Sklavenrechts, und in Anlehnung daran der Familiengewalten einschließlich des alten Mündelrechts. Den Beweis der Unhaltbarkeit dieser Gebilde hat die Geschichte bereits geführt, wir haben keine Sklaven mehr, und wollen auch Kinder und Frauen nicht mehr sachenähnlich halten; mit einer natürlichen Konstruktion der Familiengewalten aber, an Stelle der beseitigten unnatürlichen, sind wir bisher noch nicht weit gediehen. Sehen wir ab von dieser ungesunden Ausweitung der dinglichen Rechte in das Gebiet der persönlichen Rechte hinein, so bleibt der Gegensatz von Eigenthum und iura in re aliena auf der einen, Obligationen auf der andern Seite; betreffs beider aber ist zu bemerken, daß wir uns zu hüten haben, diese Gestaltungen, wie sie im Römischen Recht auftreten, für rein principmäßig zu halten. Es fragt sich, ob überhaupt ein Volk mit lediglich aus allgemeinen Gedanken entwickelten Rechten auszukommen vermöchte; die Römer haben stets auf ihre besonderen inneren und äußeren Verhältnisse sorgfältigste Rücksicht genommen. Der principielle Gegensatz der Rechte an Sachen und an Personen kommt bei ihnen und zwar sehr deutlich zum Vorschein, die Erscheinungsform aber ist nichtsdestoweniger eine specifisch Römische.

Unsere Aufstellungen können zu mannigfaltigen Zweifeln

und Bedenken Anlaß geben, betreffs des Wesens der Rechte überhaupt und namentlich der Rechtsobjekte eine Reihe naheliegender Fragen eingehend zu erörtern wäre mir selber nichts weniger als uninteressant, aber auch die Gefahr, in's Grenzenlose zu gerathen, ist wieder unverkennbar. Ueberdies wird die Aufhellung des einen Punkts, auf den wir lossteuern möchten, schon genug Noth und Mühe machen. Was seitab liegt, muß liegen bleiben bis auf ein ander Mal.

Also: wenn Recht ist, was wir so eben gezeichnet haben, in welchem Verhältniß zu diesem Rechte muß ein Etwas stehen, um Subjekt desselben zu sein? Das Recht soll angeknüpft sein an das Subjekt, soll ein Recht des Subjekts sein; — das ist richtig gewiß, aber kaum eine Antwort, eigentlich nur eine Umschreibung der Frage. Wie soll das Recht angeknüpft sein? welches sind die Bedingungen, die gestatten, ein Recht als Recht dieses Subjekts aufzuführen?

Die Antwort mag nahe zu liegen scheinen. Das Recht ist Gewalt, Rechtssubjekt wer die Gewalt hat. Gewalt aber ist das Vermögen über Etwas das von unserm Willen abhängt; Rechtssubjekt also derjenige, dessen Wollen für das rechtliche Handeln oder Leiden des Objekts bestimmend wirkt. Oder auch: derjenige, dessen Wille sich in der Rechtsausübung verwirklicht. Ob die Fassung noch anders besser zu geben wäre, mag ungeprüft bleiben; die Antwort ist ihrer Substanz nach nicht aufrecht zu erhalten. Sehen wir auf Kinder (infantes), Wahnsinnige, Abwesende, Verschollene, Verschwender: der Wille all dieser Personen ist nicht maßgebend für die Ausübung der ihnen nach gemeinem Sprachgebrauch zuständigen Rechte. Entweder also sind alle diese nicht Subjekte der für sie zu verwaltenden Rechte; oder aber die Rechtssubjektivität wird nicht bedingt durch Abhängigkeit der Rechtsausübung von dem Willen des Subjekts. Bleiben wir dabei, die

Abhängigkeit von dem Willen als das durchschlagende Moment zu erachten, so machen wir Vater oder Tutor zum Subjekt der dem Infans, die verschiedenen Kuratoren aber zu Subjekten der den Wahnsinnigen Abwesenden Verschollenen Verschwendern bisher zugeschriebenen Rechte; sollen diese Rechte aber Rechte der Kinder u. s. w., und die Kinder u. s. w. Subjekte dieser Rechte bleiben, so sehen wir uns gezwungen, andere Momente als entscheidend anzuerkennen.

Es wird kaum nöthig sein, dem Einwurf zu begegnen: Kinder u. s. w. seien dennoch Willenssubjekte der fraglichen Rechte, nur sei es nicht gerade ihr natürlicher, sondern ihr künstlicher Wille, der die Ausübung bestimme; der Wille der Vertreter gelte als ihr Wille. Ueber Fiktionen ist in neuster Zeit des Guten genug gesagt worden: was als Wille des Kindes gilt, fingirt wird, ist nicht Wollen des Kindes und ist Wollen eines Andern. Macht man also die Rechtssubjektivität von dem wahren oder fingirten Wollen abhängig, so heißt das mit andern Worten:

Rechtssubjekt ist

I. wessen Wollen bestimmend ist;

II. wessen Wollen nicht bestimmend ist, wenn das Wollen eines Andern bestimmend ist, das als Wollen des Ersten fingirt wird.

Die Fiktion muß einen Grund haben, der Andere muß zum Ersten in besonderen Verhältnissen stehen, damit sein (des Andern) Wille fingirt werde als Wille des Ersten. Nennen wir diese Verhältnisse schlechthin Vertretungsverhältnisse, so gelangen wir dahin, Rechtssubjekt zu heißen denjenigen,

der für die Rechtsausübung bestimmend wirkt

a. durch seinen eigenen,

b. im Behinderungsfalle durch den Willen seiner Vertreter.

Die Subjektivität wäre hiernach eine besonders nahe Beziehung zum Recht, die dem Bezogenen unter gewöhnlichen, wir können sagen normalen Verhältnissen die Befugniß verleiht, die Ausübung des Rechts nach seinem Willen zu verfügen, allemal dann aber, wenn dieser eigenen Verfügung unüberwindliche Hindernisse entgegentreten, (sei es, daß unser Rechtssubjekt physisch willenlos, oder daß ihm das objektive Recht den Willen abgesprochen, oder daß wie beim Abwesenden oder gar Verschollenen zwar das Wollen an sich möglich, aber nicht die Ueberleitung auf die Stelle von der aus die Rechtsausübung zu bestimmen wäre) den Bezogenen zum Medium der Verfügungsbefugniß macht, dergestalt daß diese alsdann von dem Rechtssubjekt übergeht auf diejenigen Personen, die zu demselben in gewissen besonderen (Vertretungs-) Verhältnissen stehen. Die Verfügungsbefugniß, kürzer die Verfügung, also macht das Rechtssubjekt, auch dann wenn dasselbe sie gebrauchen nicht will oder nicht kann, und sie darum mit oder ohne Willen des Subjekts der Ausübung nach innerhalb engerer oder weiterer Schranken einem Andern übertragen wird. Und wie diese Uebertragung blos der Ausübung den, von dem die Ausübung aufgetragen wird, der Stellung als Rechtssubjekt nicht beraubt, ebenso macht sie den, dem die Ausübung zugetragen wird, nicht zum Rechtssubjekt.

Präzisiren wir die Verschiedenheit dieser Antwort von der zuerst versuchten. Sagen wir, Rechtssubjekt ist der, dessen Willen die Ausübung des Rechts bestimmt, der Verfüger ist, so folgt hieraus ohne Weiteres, daß Rechtssubjekt blos ein Willensfähiger, also nur ein Mensch, aber nicht jeder Mensch sein kann. Uebrigens ergibt sich, daß wir Tutoren Kuratoren und andere Vertreter als Subjekte der von ihnen geübten Rechte zu betrachten hätten, die Vertretenen aber als Nichtsubjekte, was dem gemeinen Sprachgebrauch nicht gemäß ist.

Sagen wir dagegen, Rechtssubjekt ist das, was mit dem Rechte in nächsten Beziehungen steht, und definiren wir die „nächsten Beziehungen“ als diejenigen, welche die Verfügung über das Recht verleihen, dergestalt daß die Verfügung an dem Bezogenen (dem Rechtssubjekt nach dieser Auffassung) haftet unbedingt, demgemäß die Uebung der Verfügung dem Bezogenen zusteht, falls er kann und will, falls er nicht will (sc. verfügen will), einem Andern durch seinen Willen zu bestimmenden, und falls er nicht kann, einem Andern durch das Verhältniß zu ihm (dem Bezogenen) nach fester Regel zu bestimmenden, so bleiben wir offenbar mit dem gemeinen Sprachgebrauch, der nicht den Vertreter, sondern den Vertretenen zum Subjekte stempeln möchte, in besserem Einklang. Dagegen schwindet die Nothwendigkeit, daß das Subjekt in diesem Sinne willensfähig sei, wie denn Kinder und Wahnsinnige auch in der That nicht willensfähig sind. Können wir aber hiernach die Willensfähigkeit fallen lassen, so ist zunächst auch kein Grund ersichtlich, dessentwegen wir auf dem Menschsein des Subjekts zu bestehen hätten. Kommt es eben nur auf die Vermittelung und Verleihung (nicht auf die Uebung) der Verfügung an, so können Sachen und unkörperliche Beziehungen ebensowohl am Platze sein, wie Menschen. Wollen und Verfüger sein kann nur der willensfähige Mensch, aber zum entscheidenden Wollen berechtigen, zum Verfüger machen, kann ebensogut der willensunfähige Mensch, die Sache, die Stellung.

Für die der ruhenden Erbschaft den Stiftungen und den Korporationen zugehörigen Rechte Subjekte ausfindig zu machen, würde hiernach keiner Schwierigkeit unterliegen. Subjekte wären hier überall nicht Diejenigen (Kuratoren Stiftungs- und Korporationsbeamten), denen die Verfügung zustünde, vielmehr das Medium, das denselben die Verfügung verleiht. Was dies Medium sei, darüber könnte man streiten, und hat man in

Wirklichkeit auch bereits gestritten. Man kann bei Erbschaft und Stiftungen die einzelnen vorhandenen Vermögensstücke, bei den Korporationen aber die physischen Korporationsglieder als Medien erfassen: wer zu diesen in gewissen regelrechten Beziehungen steht, hat Verfügung über die fraglichen Rechte. Man kann sich dieselbe Sache aber auch anders zurecht legen: der Zweck, der Gedanke von Erbschaft Stiftung Korporation wird vorangestellt; die Verfügung hat, wer zu diesem in Beziehung steht, nämlich ihn auszuführen berufen ist; das Medium und folglich Rechtssubjekt wäre hiernach ein ungreifbares. — Ich sage, hierüber sei bereits gestritten: denn was hier vorgelegt wird, ist der nackte des Fiktionenschimmers entkleidete Kern der Frage, mit der sich die gemeine Theorie von den juristischen Personen zu befassen pflegt, was das Substrat dieser Personen sei, was personifizirt, d. h. durch Fiktion zur Person umgeschaffen oder doch in die Reihe der Personen eingestellt werde, ein greifbares oder ungreifbares Etwas. Man hat der Entscheidung wol zu viel Bedeutung beigelegt: wer dem Zweck dient, der muß auch mit den Sachen, die unter dem Zweck stehen, und mit den Menschen (Korporationsgliedern), die den Zweck verfolgen, in Beziehungen sein; umgekehrt, wer mit den Sachen der Erbschaft und Stiftung und mit den Menschen der Korporation und zwar eben als Stiftungs- und Erbschaftssachen und als Korporationsgliedern in Verbindung steht, der kommt nothwendig in Beziehungen auch zu dem Zweck. Kurzum, greifbares und ungreifbares Substrat hangen so nahe zusammen, daß die Beziehungen zum einen stets auch Beziehungen zum andern involviren, daher die gedachte Differenz mehr den Namen als die Sache zu treffen scheint.

Wir lassen hiernach die Antwort dahingestellt, ob man bei Erbschafts- Stiftungs- Korporationsrechten die Erbschafts-

und Stiftungssachen und die Korporationsglieder, oder den Erbschafts- Stiftungs- Korporationszweck als Medium der Verfügung anzusehen und demnach als Subjekt der gedachten Rechte zu bezeichnen habe. Dagegen aber muß hervorgehoben werden, daß, wenn wirklich diese Definition des Subjektsbegriffs gestattet ist, und nicht was Verfügung hat, sondern was Verfügung gibt, als Rechtssubjekt zu nehmen wäre, dann auch dawider nichts gesagt werden dürfte, die Inhaberpapiere als Subjekte der daran geknüpften Forderungs- und sonstigen Rechte, und Aemter als Subjekte der von den im Amte Stehenden zu übenden Rechte aufzuführen. — Daß dies dem gemeinen Sprachgebrauch gemäß sei, möchte ich nicht behaupten, aber ist der gemeine Gebrauch überall konsequent? und wäre er es in diesem Fall, so ist doch das Prinzip, auf dem er beruht, noch niemals klar ausgesprochen. Vorläufig befassen wir uns nicht weiter mit ihm, und auch wie der Begriff des Rechtssubjekts rationell abgeschlossen werden könnte, soll uns einstweilen nicht kümmern.

Bisher sind unsere Untersuchungen durchaus einseitig vorgegangen; die Verfügung, die wir bisher allein in's Auge gefaßt haben (Wer sie habe, und Was sie gebe), ist nämlich, wenn auch vielleicht die augenfälligste, doch immer nur Eine Seite der Rechtsbethätigung. Stellen wir uns wieder vor die vorhin betrachteten Kinder Wahnsinnigen Abwesenden Verschollenen Verschwender, sie Alle haben die Verfügung nicht, aber sie geben die Verfügung Andern nicht mit ihrem Willen, sondern nach Rechtsregel, durch die Vorgänge welche die Vertretungsverhältnisse schaffen. Aber ist damit, daß sie die Verfügung nicht haben, aber geben, erschöpft, was Kinder u. s. w. von ihren Rechten haben? Gewiß nicht. Kinder Wahnsinnige Verschwender haben Unterhalt Pflege Erziehung, auch jenachdem Unterhaltung und Belustigung, etwaige Ueberschüsse

werden für sie gesammelt, kapitalisirt, zu ihrem Vermögen geschlagen, letzteres ebenso bei Abwesenden und Verschollenen. Im Gegensatz zur Verfügung will ich all diese Vortheile unter den Namen des „Genusses" zusammenfassen: Kinder Wahnsinnige u. s. w. sind nicht „Verfüger" aber „Genießer" ihrer Rechte.

Meines Erachtens gehört der „Genuß eines Rechts" oder „Genuß aus einem Recht" zu den Verhältnissen, deren Wichtigkeit beim ersten Hinweis in die Augen springt; wer dennoch einer ausführlichen Darlegung bedarf, wolle Jhering, Geist III. § 60, vergleichen. Daß Genuß und Verfügung nicht Hand in Hand zu gehen brauchen, sehen wir schon bei Kindern Wahnsinnigen und anderen Vertretenen, es liegt bei den Erbschaften Stiftungen und Korporationen zugehörigen Rechten ebenso klar. Danach wird es keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, wenn wir jedes der beiden Verhältnisse für sich betrachten.

Ueber den Begriff der Verfügung, und die Beantwortung der Frage „ob Wer Verfüger eines Rechts oder nicht" im besonderen Falle, wird kaum ein Zweifel auftauchen. Aber auch mit der Definition des Rechtsgenusses wollen wir uns hier nicht aufhalten; doch aus anderen Gründen. Die Definition ist nichts weniger als leicht, und zu den Schwierigkeiten, die in der Sache selbst liegen, treten die aus dem Mangel der Vorarbeit, kaum daß vor Jhering Jemand mit dem Genuß sich ernsthaft befaßt hatte. Dabei ist aber der Begriff seinem Kerne nach doch kaum zu verkennen, die Schwierigkeiten beziehen sich nur auf Grenzfragen und innere Unterscheidungen.

§. 2.

Ist das Vorhandensein eines Verfügers unerläßliche Daseinsbedingung jedes Rechts? Kein Mensch kann andauernd

ohne Unterbrechung wollen und handeln, kein Recht, dessen Ausübung Handlung erfordert, kann fortwährend geübt werden; zeitweilig hört die Einwirkung des vorhandenen Verfügers bei jedem Rechte auf. Es ist daher nur konsequent, auch das zeitweilige Aufgehobensein der Verfügung, den zeitweiligen Mangel eines Verfügers als Erlöschungsgrund des Rechts nicht anzunehmen. Das ist im Römischen Recht ebenso wie im heutigen anerkannt. Wenn Jemand wahnsinnig wird, so bestehen seine Rechte fort, doch ohne Verfüger, bis ihm ein Kurator bestellt ist; bei jeder hereditas iacens tritt zunächst ein Zustand der Verfügerlosigkeit für die dahineingehörigen Rechte ein; wird ein Inhaberpapier herrenlos, so gehen damit die daran haftenden Rechte nicht unter; desgleichen nicht die an ein Amt geknüpften Rechte, wenn das Amt eine Zeitlang unbesetzt bliebe; es könnte geschehen, daß sämmtliche Mitglieder des Vorstandes einer Stiftung oder Aktiengesellschaft mit Tode abgingen oder sonst ausschieden, und vor einem gewissen Termin, Berufung der nächsten Generalversammlung etwa, nicht wieder ersetzt werden könnten.

Dagegen kann kein Recht fortbestehen, das die Verfüger dauernd und definitiv verloren hätte. Bei der großen Mehrzahl der Rechte läge die Unmöglichkeit der Ausübung danach zu Tage; nur bei denen, wo die Ausübung in der Aufrechterhaltung eines Zustands, in habendo besteht, könnten Zweifel auftauchen. Aber von einem Ausüben, dürfte auch hier keine Rede mehr sein; nur der Schein der Uebung und gewisse Folgen, die dieser Schein mit wirklicher Uebung gemein hätte, möchten seitens der Pflichtigen unbewußt noch ertragen werden. Jedenfalls wäre der Zustand ein völlig schutzloser, denn auch die Staatsgewalt hat Privatrechte nur auf Antrag zu schützen, und in der Befugniß, solche Anträge zu stellen, liegt ein Theil der Verfügung. Ohne Schutz keine

Gewalt, kein Recht. Das ist völlig klar, dennoch werden wir später noch einmal auf dies Gebiet zurückkehren müssen, da bei manchem Verhältniß schwer zu entscheiden ist, „ob Wem?" und „Wem?" eventuell die Verfügung zukommt, sollte diese auch nur in der Verfolgungs- (Beantragung des Eingreifens der Staatshülfe) Befugniß bestehen. Daß Rechte mangels Verfüger untergehen, ist ein seltener aber kein unerhörter Fall. Bei Rechten die nur an Einer Person haften, wie die Personalservituten (allerdings erlischt hier mit der Verfügung zugleich der Genuß); beim erblosen Tode eines Berechtigten können Staat und Gläubiger die Rechte übernehmen, unterlassen sie dies, so erlöschen die Rechte mangels Verfüger. Denken wir uns eine Stiftung der Art: den Vortheil sollen haben Kranke aller Konfessionen, bei denen gewisse stets erfüllbare Bedingungen zutreffen, die Verfügung, nach den ausdrücklichen Worten der Stiftungsurkunde, ausschließlich und allein der kirchliche Vorstand der Sekte, welcher der Stifter angehört; hundert Jahre später geht die Sekte ein. Die Zweifel die erwachen, können sich nur darauf beziehen, ob nicht durch irgend welche Interpretation der Sinn der Urkunde umzudeuten, und nach dem Aufhören der Sekte und ihres Vorstandes die Verfügung auf andere Personen zu übertragen sei; Niemand wird behaupten, daß die fraglichen Rechte auch ohne Verfüger zum Vortheil der Genießer fortbestehen könnten.

Betreffs der Genießer ist dieselbe Frage zu stellen, auch lautet die Antwort entsprechend. Es schadet dem Bestande der Rechte nichts, wenn zeitweilig der Genießer fehlt; das zeigt schon die hereditas iacens, die als Beispiel besonders brauchbar ist, weil bei ihr beide Verhältnisse, daß Genießer und Verfüger nicht dasind, und daß Verfüger dasind Genießer nicht dasind (nach Einsetzung einer Kuratel), zum Vorschein kommen. Wir haben eine Unterstützungskasse für die Lohgerber-

gesellen, die auf der Wanderschaft nach X kommen; auf der Universität Y sind Stipendien für die Pastorensöhne aus Rügen, die daselbst Philologie, und für die Ungarn die ebendort Medizin studiren: im Augenblick ist kein wandernder Lohgerbergeselle in X, kein Philologie studirender Pastorensohn aus Rügen, kein Ungarischer Studiosus der Medizin in Y, daß die der Kasse und die den Stipendien zugehörigen Rechte doch fortbestehen, unterliegt keinem Zweifel.

Aber es gab auch ein Hofgericht zu Z und eine Stiftung ausschließlich für die Wittwen der Mitglieder des Hofgerichts; das Hofgericht ist längst aufgehoben, noch leben einige der Wittwen, mit ihrem Aussterben wird diese Stiftung eingehen. Die Uebung eines Rechts muß nicht blos möglich sein, sondern auch einen Zweck haben, sie soll irgend Wem Vortheil bringen; der unerfüllbare Zweck ist kein Zweck, der „irgend Wer" muß wenn nicht dasein doch noch zu erwarten sein.

Verfüger und Genießer also sind beide für die Existenz jedes Rechts unentbehrlich in dem Sinne, daß wenn dieses Recht einen Verfüger oder einen Genießer überall gar nicht mehr zu finden vermöchte, dasselbe als Recht zu bestehen aufhören müßte; wogegen ein interimistisches Fehlen von Verfügern so gut wie von Genießern selbständig den Untergang des Rechts nicht bedingt.

Unmittelbar an die Frage, ob Verfüger und Genießer für den Bestand des Rechts erforderlich sind, knüpft sich die andere, wie die erforderlichen Verfüger und Genießer beschaffen sein müssen. Für die Verfüger scheint die Antwort nicht sonderlich schwierig: sie sollen eben verfügen, d. h. wollen, handeln können, und da die Verfügungen allesammt rechtliche Handlungen sein müssen, so ist juristische Handlungsfähigkeit vonnöthen. Damit ist aber erst die eine Schranke gezogen: wer der rechtlichen Handlungsfähigkeit ermangelt, nach Rechtsvorschrift als

handlungsunfähig gilt, der kann nicht Verfüger sein. Wir wollen uns auch hierbei nicht aufhalten, nur noch beiläufig bemerken, daß die juristische Handlungsunfähigkeit sowol eine totale wie partielle sein kann. Aber auch der Abwesende (jenachdem) und der Verschollene (allgemein) werden zu verfügen nicht im Stande sein, trotzdem ihre Handlungsfähigkeit rechtlich keiner Beschränkung unterliegt; desgleichen können Schlafende Trunkene Kranke (jenachdem) nicht verfügen. Es muß also um in der That Verfüger sein zu können, zu der rechtlichen anerkannten Fähigkeit noch ein gewisses faktisches Verhalten hinzukommen: die thatsächliche Möglichkeit zu wollen und den Willen zu äußern, und zwar so zu äußern, daß die Aeußerung das Objekt des Rechts erreicht, direkt oder indirekt. Ein indirektes Erreichen findet auch dann statt, wenn mein Schuldner nicht zahlt, jeder Interpellation aus dem Wege geht, und ich nun die Gerichte wider ihn in Bewegung setze. Also juristisches und faktisches Vermögen zu wollen, und die faktische Möglichkeit des Rechtsobjekt abzureichen. — Doch wie wir vorhin gesehen, daß der Bestand eines Rechts dadurch nicht erschüttert wird, daß zur Zeit überhaupt kein Verfüger vorhanden ist, so kann es dem Recht auch nichts schaden, wenn derjenige, dem übrigens die Verfügung zustünde, in einer von diesen Beziehungen behindert wäre; das gewisse Resultat hiervon würde nur sein, daß er, der Behinderte, eben nicht Verfüger wäre. Möglich daneben, daß entweder das Recht einstweilen verfügerlos fortbestünde, oder daß die Verfügung von dem Behinderten überginge auf irgend einen Unbehinderten.

Schwieriger wird die Untersuchung betreffs der Qualifikation des Genießers. Freilich liegt auch hier die allgemeine Antwort auf der Hand: er muß rechtlich und thatsächlich im Stande sein zu genießen. Was aber damit im Einzelnen gesagt ist, kann nicht ebenso leicht angegeben werden, schon darum

weil uns die klare Einsicht in das Wesen, und die Uebersicht über die Ausdehnung des Genusses abgeht. Rechtlich unfähig ist wol nur wessen Genuß contra ius, durch positive Vorschrift verpönt, oder contra bonos mores gegen die Sitten seiner Zeit und seines Orts wären. Außerdem ist die physische Genußfähigkeit und ein solches äußeres Verhalten zu dem Rechtsobjekt erforderlich, daß die Wirkungen des durch die Rechtsausübung bedingten Leidens oder Thuns dieses Objekts zu unserem Genießer durchdringen. Verweilen wir einen Augenblick dabei, weniger um die grenzbestimmenden Momente herauszufinden, als von dem verschwimmenden Wesen des Genusses eine Anschauung zu bekommen.

Man kann nicht behaupten, daß das Konzert dem Tauben die Balletvorstellung dem Blinden einen Genuß gewähren nicht könne. Jener kann ein Interesse haben den Saal die Menschen zu sehen, den Erfolg des Abends selber wahrzunehmen, vielleicht der Ausführung in der Partitur zu folgen; ähnliches beim Blinden; wer selber keinen Tropfen Wein trinken darf kann ihn verkaufen, oder seine Freunde damit bewirthen; der Vegetarier braucht Fleisch für Kinder und Domestiken, oder er füttert die Hausthiere damit. Hier und in unzähligen andern Fällen sehen wir direkten und indirekten Genuß zusammenlaufen; was qualifizirt zum Genießen, würden wir schon zu sagen wissen, wenn wir nur genau sähen, wer ist der Genießer. Die verpflichtete Gemeinde zahlt dem Armen eine gewisse Unterstützung, später wird demselben gerade soviel legirt wie die Unterstützung beträgt, die nun in Wegfall kommt; ein Student erhält ein mäßiges Stipendium, in Folge hiervon wird ihm der Freitisch entzogen und einem andern verliehen, auch verliert er die Stundung und bezahlt den Professoren Honorar; eine Alte darbt sichs am Munde ab, zwei Katzen zu füttern, wie ihr eine Rente von hundert Thalern zufällt, füttert sie ein

Dutzend; dem zoologischen Garten wird ein Legat gegeben, zum Ausbau besserer Käfige. Ueberall erwächst hier die Frage, wer ist Genießer? speziell im letzten Falle die Aktionäre, das Publikum, die Thiere? oder vielleicht die Wärter, deren Arbeiten wesentlich erleichtert werden, oder die Höker die an der neuen Bärengrube mehr als das Doppelte verdienen?

Es wird darauf ankommen, unter der Masse derjenigen denen Vortheile aus der Uebung eines Rechts zufließen Unterschiede ausfindig zu machen und Klassen zu bilden. Jhering Geist III a. a. O. spricht nicht sowol von „Genießern" als von „Destinatären", die er auch als „Bestimmungssubjekte" des Rechts bezeichnet. Der Ausdruck „Destinatäre" dürfte darum besser gemieden bleiben, weil er im Handelsrecht bereits eine andere quasitechnische Bedeutung erlangt hat, übrigens scheint derselbe aus einem richtigen Gedanken entsprungen zu sein. Offenbar wird nicht jeder Genießer auch als „Destinatär" anzunehmen sein, bei diesem vielmehr ein gewisses Destiniren Beabsichtigen Bestimmen hinzukommen müssen. „Genießer aus der Absicht" und „nicht aus der Absicht" wären demnach zu scheiden, und werden vielfach leicht aus einander zu halten sein. Aber doch nicht überall. Schon darum nicht, weil diejenigen von denen die Absicht ausgeht, oft selber nicht klar denken nicht deutlich beabsichtigen, vielleicht selber nicht im Stande wären anzugeben „meine Absicht erstreckt sich so weit und nicht weiter, auf das noch und auf dieses nicht mehr." X setzt in seinem Testament die Summe von 20,000 Thlr. aus, um einem jüngst verstorbenen berühmten Manne (F) ein Monument zu setzen in seiner, des X Vaterstadt, auf dem öffentlichen Platz, an welchem das zum Familienfideikommiß des X gehörige Wohnhaus belegen ist. X kann gewollt haben: den verstorbenen F ehren; die Familie desselben erfreuen; seine Vaterstadt schmükken; den Anwohnern des Platzes eine Augenweide bereiten;

insonderheit seinen eigenen Fideikommißnachfolgern; den Ruhm seiner Familie mehren, von deren Municicenz die Inschrift auf dem Sockel berichtet; u. s. w. u. s. w. Er kann eines beabsichtigt haben und mehreres zugleich, und die Absichten können in einander übergegangen sein, und heute mag diese morgen jene vorgewogen haben: wie ist da festzustellen, wer zu den „Genießern aus der Absicht des X" (Destinatären), und wer zu den „Genießern neben der Absicht des X" gehört?

In der Schwierigkeit der Durchführung liegt aber kein Grund eine an sich rationelle Unterscheidung überall fallen zu lassen; wir wollen „essentielle" (= beabsichtigte) und „accidentelle Genießer" aus einander halten soviel eben wie wir dies können. Dabei ist aber auch die Frage nicht zu umgehen: wessen Absicht die Entscheidung gebe? doch wol desjenigen auf dessen Wollen die Entstehung des Rechts zurückzuführen ist das diesen Genuß bewirkt, eventuell des Gesetzgebers, oder der Urheber des Gewohnheitsrechts.

Ein anderer Unterschied unter den Genießern: es gibt rechtlich geschützte und ungeschützte. Augenscheinlich steht derselbe mit dem vorher bemerkten im Zusammenhang: accidentelle (unbeabsichtigte) Genießer werden niemals geschützt werden; aber auch die essentiellen Genießer nicht sämmtlich. Die Fischerei innerhalb gewisser Wasserflächen gehört zu den angrenzenden Grundstücken, die Grundherren verpachten kleine Parzellen mit Wohnhäusern an Strand oder Ufer und lassen die Fischerei durch diese ihre Pachter ausüben; man darf diese Pachter nicht zu den accidentellen Genießern stellen. Die Pachter von A werden nun in der Fischerei gestört durch die Fischereiwärter von B; daß die Pachter von A keine Klage wider B haben ist gewiß; sie brauchen aber auch wider A, auf daß er sie schütze, Klage nicht zu haben, vielmehr wird dies davon abhangen, ob die Ausübung der Fischerei ihnen vertragsmäßig

überlassen, oder von A ihnen nur aus gutem Willen precario gestattet ist. — Oder denken wir uns eine Stiftung ähnlich der des vielbesprochenen Städelschen Kunstinstituts. In der Stiftungsurkunde wäre ausdrücklich gesagt „alle Kunstfreunde sollen den Genuß, freien Zutritt zu den Werken haben"; die Verwaltung erklärt mit oder ohne Grund Geld zu brauchen für das Institut, und darum den Besuch nur gegen Eintrittsgeld zu gestatten: können die Kunstfreunde auf freien Zutritt klagen? Eine andere Bestimmung laute „Kinder unbemittelter in dieser Stadt eingebürgerter Eltern, die ein gewisses Alter erreicht und die nöthige Vorbildung genossen haben, sollen in dem Institut unentgeltlichen Unterricht erhalten im Zeichnen in der Malerei in der Kupferstechkunst in der Bildhauerei in allen dazu gehörigen Hülfswissenschaften"; die Verwaltung läßt einzelne Fächer unvertreten, sie fordert für gewisse Lehrstunden und zwar gerade die wichtigsten Honorar auch von den Kindern unbemittelter Frankfurter, sie läßt auch die Kinder von Nichtfrankfurtern am Unterricht auch dem unentgeltlichen theilnehmen, kurzum die den Kindern unbemittelter Frankfurter zugeschriebenen Rechte werden in den verschiedensten Weisen geschmälert: ist deswegen Klage wider das Institut zu erheben? von wem? worauf kann die Verurtheilung ergehen? — „Meine lieben Landsleute (Einwohner der Stadt) sollen einen schattigen Park haben mit Hügeln und Bächen, einen Aussichtsthurm und Restauration mit Felsenkeller, dazu habe ich dies Kapital ausgesetzt"; aber auch hier ist die Verwaltung eigensinnig, der Thurm und die Hügel unterbleiben gänzlich, alles andere wird kleiner und kümmerlicher als die vorhandenen Mittel erlauben, dagegen wird die Hälfte der Zinsen und bald mehr alljährlich dem Stiftungsfonds zugeschlagen: ist jeder beabsichtigte Genießer befugt klagbar zu werden?

Ich glaube man wird je mehre und verschiedenere Fälle

man durchdenkt, desto geneigter werden, die Differenzen zwischen essentiellen (beabsichtigten) und geschützten (berechtigten) Genießern anzuerkennen; zugleich aber auch zu der Ueberzeugung gelangen, daß jeder geschützte Genießer nicht blos Genießer sein kann, sondern zugleich Verfüger, oder doch Medium der Verfügung sein muß. Der Beweis liegt zu Tage: jeder rechtliche Schutz setzt eine Thätigkeit ein Wollen und Handeln voraus von Jemand der befugt ist den Schutz in Anspruch zu nehmen, wir nennen aber gerade das aktive Gebrauchen einer Befugniß Verfügung. Ist der Genießer im Stande selber den Schutz nachzusuchen, so ist er auch selber Verfüger; ist er dazu nicht im Stande, muß der Schutz für ihn von anderen gesucht werden, so können dies doch nur solche sein, die zu ihm in gewissen Verhältnissen stehen, für die er, wie gesagt, Medium der Verfügung ist.

Wir bekommen hiernach bei manchen Rechten Verfüger wenn nicht von zwei Arten doch von zwei Klassen. In O. besteht ein Stift für die unverheiratheten Töchter aus gewissen adeligen Familien; das Stiftsvermögen ist ein sehr bedeutendes, bestehend aus Gütern und Kapitalien; die Verfügung hat das Kuratorium, drei von dem Provinziallandtag zu wählende Männer, ein Vorsitzender aus den Familien, ein juristischer, ein ökonomischer Beirath; die Fräulein haben theils ganze theils halbe Hebungen, d. h. sie erhalten theils Wohnung und freie Station in den Stiftshäusern und gewisse Geldbeträge, theils nur die Geldbeträge. Als Verfüger über das Stiftungsvermögen werden uns die Mitglieder des Kuratoriums gelten, als Genießer die Fräulein; offenbar aber sind die Fräulein auch Verfügerinnen, nämlich über ihre Hebungen, über die Erträge des Stiftungsvermögens, und indirekt über dieses selber. Ich will hier nur die Frage stellen: wenn das Kuratorium dolos oder kulpos schlecht verwaltet und damit die Hebungen

der Fräulein in Gefahr bringt, wird den Fräulein bezüglich dieser Verwaltung eine Klage zu geben sein? — Ganz ähnlich liegen die Verhältnisse bei jeder Aktiengesellschaft. Verfüger über das Gesellschaftsvermögen ist zunächst die Direktion unter Konkurrenz von Aufsichtsrath und Generalversammlung. Die Erträge aber kommen den einzelnen Aktionären zu, diese sind also Genießer des Gesellschaftsvermögens, doch zugleich auch Verfüger über die ihnen zufallenden Ertragsantheile.

Doch verlieren wir den Ausgangspunkt nicht aus dem Gesicht: wer kann Genießer sein? von welcher Qualifikation muß der Genießer sein? Wir erhalten hier das erste praktische Resultat dieser Untersuchungen, und zwar ein solches das mich mit den Juristen denen ich übrigens auf diesem Felde am nächsten stehe, namentlich mit Jhering (Geist III a. a. O.) und Brinz (Pand. II § 226) in direkten Widerspruch bringt. Konsequenterweise dürfen wir von dem Genießer nichts anderes fordern, als daß er genießen könne, insbesondere nicht, daß er verfügen könne; also auch nicht daß er willens- und handlungsfähig, daß er Mensch sei. Gerade so unentbehrlich wie die Willensfähigkeit (folglich das Menschsein) dem Verfüger ist, ebenso entbehrlich ist sie dem Genießer. Nur das wird hinzuzufügen sein, daß da nun einmal ein Recht auf die Dauer ohne Verfüger nicht bestehen kann, bei jedem Recht, dessen Genießer Nichtmenschen sein sollen, Vorsorge getroffen sein muß für das Eintreten von menschlichen Verfügern. Das entspricht dem sehr einfachen Gedanken, daß wenn der Genießer selber nicht Verfüger sein kann, ein Anderer Verfüger sein, und daß dieser Andere die zur Verfügung erforderliche Qualifikation haben muß.

Ich will also auch Thiere, desgleichen leblose Sachen, z. B. Kunstwerke Baulichkeiten rechtlich als Genießer gelten lassen. Das was ich Genuß nenne, konnte solchen Sachen auch früher

schon zu Theil werden, es konnte sich auch eines gewissen rechtlichen Schutzes schon erfreuen, aber der Schutz war ein indirekter, und die betreffende Disposition konnte ihr Ziel nur auf Umwegen erreichen. Bedingung und Modus waren die bisher anerkannten Mittel: „wenn du meinen Mops treu pflegst"; „wenn du täglich zwanzig Katzen fütterst"; „auf daß du ein Monument setzest"; „für die Restauration des Bildes", „für die Erhaltung des alten Thurms sorgest." Aber was bedürfen wir heutzutage noch dieser Umwege: was überhaupt zu erreichen ist, muß auch direkt erreicht werden können. Warum soll ich nicht im Testament hundert Thaler „für die Pflege des Mopses" oder kürzer „für den Mops", „für das Pferd", „für die Katzen", „für den Thurm", „für die Statue" aussetzen können.

Brinz zumal, meine ich, werde der zwingenden Kraft der Analogie nicht widerstehen können. Wer nachdrücklich betont, daß ein Vermögen nicht nur „irgendwem" sondern auch „für etwas" gehören könne, der muß zugeben daß die hundert „Thaler" für Hunde und Katzen, für Bauten und Bilder gehören können. Aber das Vermögen die Gelder die „für etwas gehören", die sollen „ein Subjekt dem sie zustehen" nicht haben. Kann es mir gefallen lassen, fordere nur daß Thiere und Sachen als Genießer anerkannt werden, und behaupte nicht mit Jhering, daß die Genießer auch als Rechtssubjekte anzunehmen seien. Wen wir Subjekt eines solchen Rechts, dessen Genießer eine Sache wäre, nennen wollen, ist mir völlig gleichgültig, und ich weise auf das entschiedenste auch den Vorwurf zurück, die Sachen mit dieser Anerkennung ihrer aktiven Genußfähigkeit zu personifiziren. Ich halte mich einfach an die Realität: die Sache kann genießen. Und ferner: der Genuß der Sache kann auch von Menschen beabsichtigt sein. Es ist vorher darauf verwiesen, wie der Genuß des

Einen leicht vielen Andern zu gute kommen kann; so wird der Genuß der Sache regelmäßig auch Menschen zu gute kommen. Aber wie des Menschen Herz geschaffen, mag's wol geschehn sein, daß jener Erblasser überwiegend, oder gar ausschließlich an seinen treuen Hund, an sein altes Pferd gedacht hat, an das Gebilde mit dem sein Ich durch tausend Erinnerungen verknüpft ist; er disponirt nur eben dieser Sachen wegen, die Menschen, denen aus diesen Zuwendungen auch ein Genuß zukommt, sind ihm indifferent, sie werden accidentelle unbeabsichtigte Genießer.

Und noch einen Schritt weiter: wenn Sachen beabsichtigte Genießer sein können, warum sie nicht auch als geschützte Genießer anerkennen, Klage in ihrem Namen zulassen? Freilich möchte der Richter, der namens des Hühnerhundes Tiras und der englischen Stute Bellona die ersten Klagen in die Hand bekäme, verwundert dreinschauen. Aber wo liegt denn der Unterschied: ein Vermögen kann „für etwas" gehören, namens dieses Vermögens kann geklagt werden; dabei kann das Vermögen beliebig getauft werden, Ceres Iduna Minerva. Wem's lieber ist sage auch hier, es werde geklagt namens des für den Tiras oder für die Bellona gehörigen Vermögens. Mich däucht der kürzere Ausdruck sei reichlich ebensogut.

Handgreiflich ist daneben, daß Tiras und Bellona weder klagen können, noch bestimmen wer für sie klagen solle. Das ist schon vorhin anerkannt, damit daß sie wol Genießer nicht aber Verfüger sein können. Es folgt daraus, was gleichfalls schon bemerkt ist, daß jedem Recht, das eine Sache zum Genießer hat, ein Mensch zum Verfüger gegeben sein muß. Indem ich also für die Zulässigkeit von Legaten an Sachen kämpfe, knüpfe ich die Zulassung und praktische Durchführung derselben doch an die Voraussetzung, daß mit dem Legat zugleich gegeben sei wer Verfüger der Rechte werde, deren Ge-

nuß der Sache zugewiesen ist. Selbstverständlich kommt es dabei nicht blos auf das Zudenken des Testators an, sondern auch auf den Willen des Berufenen die Verfügung zu übernehmen; und um sicher zu gehen wird der Testator die diesen Willen bestimmenden Momente mit in Rechnung ziehen müssen. Setzt er Summen aus für alte Mauern und Thürme oder sonst Sachen die einer Gemeinde zu Nutz und Zierde gereichen, so mag anzunehmen sein, daß der Gemeindevorstand die Verfügung ohne weiteren Vortheil für sich zu übernehmen gewillt sein wird; die Verwaltung der Kapitalien für Ajax Tiras und Bellona aber wird ein Rechtsanwalt unentgeltlich selten übernehmen mögen.

Sobald die Verfügungsverhältnisse genügend geregelt sind, fordert die Konsequenz Zuwendungen an Thiere und leblose Sachen, d. h. die diese direkt zu Genießern machen, als rechtliche, eventuell von staatswegen zu schützende anzuerkennen. Einspruch dawider könnte noch unter der Motivirung erhoben werden, daß der Staat ein rein menschliches Institut sei, dem auch nur für Menschen zu sorgen obliege. Dies schlägt nicht durch: auch ich verlange von dem Staat hier nur den Schutz menschlicher Interessen, die Aufrechterhaltung desjenigen Willens eines Menschen, der auf den Genuß der Sachen gerichtet war; beiläufig daß mit dem beabsichtigten Genuß der Sachen meist beabsichtigter oder nicht beabsichtigter Genuß von Menschen konkurriren wird. Aber ich würde es für unrichtig halten, aus dieser Zufälligkeit den verlangten Schutz herzuleiten.

Dagegen will ich eine Einschränkung zugeben, die mich vielleicht mit manchem meiner Gegner versöhnen kann. X setzt ein bedeutendes Kapital aus, um die Mäuse und Ratzen seiner Vaterstadt zu füttern und zu pflegen, Verfüger Justizrath Nagekorn, der für die Verwaltungsmühen 20 Prozent des Ertrags beziehen wird. Ich würde die Disposition für ungültig

halten, aber nicht weil sie für Thiere, sondern weil sie contra bonos mores ist. Unverhältnißmäßigen Aufwand für Sachen ohne erheblichen Nebenvortheil für Menschen würde ich überall als wider die guten Sitten verstoßend annehmen, und da der Wille nur zu schützen ist soweit er weder wider Recht noch wider gute Sitten verstößt, die juristische Unzulässigkeit aller derartigen Dispositionen zugeben. Doch nur wegen des Unmoralischen, das in der Ueberschreitung der Grenzen liegt. Uebrigens kann ich mir Dispositionen für Sachen denken, die allen Anforderungen der Moral entsprechen, zum Schutz der Singvögel und der Karrengäule, überhaupt wider Thierquälerei jeder Art, zur Erhaltung künstlerisch oder historisch werthvoller Sachen u. s. w.; und wieder Dispositionen für Menschen, welche der Unsittlichkeit schönstens in die Hände arbeiten, Beispiele werden erlassen bleiben.

§. 3.

Wir wenden uns zur Verwirklichung der bisher betrachteten Möglichkeiten: was macht denjenigen, der Verfüger sein kann, zum Verfüger; was denjenigen, der Genießer sein kann, zum Genießer eines bestimmten Rechts? Die beiden Fragen, welche Beziehungen die Verfügung, und welche Beziehungen den Genuß begründen, scheinen nicht mit Einer Antwort erledigt werden zu können.

Aber auch schon die verschiedenen Möglichkeiten des Zusammenhangs mit der Verfügung wollen gesondert erwogen werden:

A. Die Verfügung haftet persönlich (direkt) an dem Verfüger. Sie ist ihm geworden durch einen der Akte, die wir als „Erwerb eines Rechts“ zu bezeichnen pflegen, sie verbleibt ihm bis daß ein anderer als „Verlust dessel-

den Rechts" zu bezeichnender Akt eintritt; von jenem Anfangspunkt bis zu diesem Endpunkt hat der persönlich Befähigte die Verfügung, gleichviel ob er sie selber ausübt oder nicht ausübt, und gleichviel ob er die Ausübung auch Andern gestattet oder nicht gestattet. Uebrigens kann der Zusammenhang mit der Person bald ein engerer und bald ein weiterer sein. Es gibt Rechte, wie z. B. die aus der Ehe, deren Verfügung der Verfüger in keiner Weise übertragen kann, weder auf einen Vertreter noch auf einen Nachfolger; andere, die eine wenn auch beschränkte Vertretung doch keine Nachfolge gestatten, beispielsweise die actiones uindictam spirantes; ferner ist es nicht undenkbar, daß die Verfügung auf einen Nachfolger nur per uniuersitatem, oder nur bei Lebzeiten übertragen werden könnte.

B. Die Verfügung haftet an dem Verhältniß des Verfügers zu einem Andern. Der Zusammenhang ist hier ein indirekter (vermittelter), das maßgebende Verhältniß ein komplizirtes. Das eine Element desselben ist das bereits unter A. betrachtete, zu dem ein zweites hinzutritt, das wir Vertretung nennen können. Zwei Individuen, zwei Verfüger kommen uns zu Gesicht, ein Verfügungsvertretener und ein Verfügungsvertreter. Was jenen zum Verfüger macht, das sind wie gesagt die unter A. behandelten Momente, nicht mehr nicht weniger; zu erörtern ist hier nur was ihn zum Vertretenen, den andern zum Vertreter macht. Dabei ist eine Reihe von Verschiedenheiten dem ersten Blick zugänglich: der Vertreter kann die Verfügung haben aus dem Willen des Vertretenen, und ohne dessen Wollen; er kann sie haben statt (und mit Ausschluß) des Vertretenen, und neben demselben; er kann sie haben in demselben Umfang wie sie dem Vertretenen zusteht (ohne jegliche Einschränkung sehr selten), oder unter klei-

neren und größeren Einschränkungen, insbesondere mit oder ohne Vollmacht.

Bei der im Augenblick noch bestehenden Mannichfaltigkeit der Begriffsbestimmungen und des Sprachgebrauchs, scheint es zweckmäßig den Sinn, der hier mit den benutzten Ausdrücken verbunden werden soll, ausdrücklich anzugeben. — Ich nenne Vertretung dasjenige Verhältniß, wo in Folge von Handlungen des Einen (des Vertreters) gewisse Wirkungen betreffs der Rechtsverhältnisse des Andern (des Vertretenen) eintreten, die ebenso eingetreten sein würden, falls der Andere dieselben Handlungen selber vorgenommen hätte. Nichts dawider daß man sagt (vergl. Windscheid Pand. I. § 73 N. 16), die Handlung des Vertreters werde „fingirt" oder „vorgestellt" als Handlung des Vertretenen; denn der Fiktion oder Vorstellung kommt ja auch nur die Bedeutung zu, das Maß der Wirkungen anzugeben. Ob und wo diese Gleichstellung der Wirkungen stattfinden soll, hat lediglich das Recht zu entscheiden. Aus dem angegebenen Begriffe folgt, daß von dieser Vertretung nun bei juristisch relevanten Handlungen, und da das Recht bei den unerlaubten Handlungen keine Vertretung anerkennt, daß nur bei Rechtsgeschäften und bei Rechtsübungsakten (einer von beiden Kategorieen müssen alle erlaubten juristischen Handlungen zugehören) die Rede sein kann. Auch der Begriff des Rechtsgeschäfts [1]) ist streitig (vergl. Windscheid

---

1) Bei dieser Gelegenheit kann ich nicht unterlassen, einem Mißverständniß entgegenzutreten, das Savigny (Syst. III § 104 f.) angeregt durch den Gebrauch, den er von den Wörtern „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" macht. Er scheint dieselben als synonym zu nehmen, und sagt z. B. ausdrücklich (S. 6) „diese Thatsachen heißen Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte." Diese Synonymität muß entschieden in Abrede gestellt werden: Ein Rechtsgeschäft kann bestehen aus Einer und aus vielen Willenserklärungen. Die Anfrage an den

a. a. O. I. § 69 N. 1); ich möchte definiren: Handlungen, die ihrer juristischen Folgen wegen von den Betheiligten vorgenommen werden. Hinzuzufügen „erlaubte" Handlungen, scheint mir überflüssig, da ein Delikt nicht leicht seiner juristischen Folgen wegen begangen werden mag. „Ihrer juristischen Folgen wegen" halte ich für besser als, „daß ein Recht entstehen, untergehen oder eine Veränderung erleiden solle"; denn ich möchte auch Akte, die den Zweck verfolgen Rechte zu konserviren, z. B. Protestationen und Anerkennungsgeschäfte von der Zahl der Rechtsgeschäfte nicht ausgeschossen sehen. „Von den Betheiligten", deren Rechtsverhältnisse die Folgen betreffen; womit, was beides dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäß sein dürfte, ausgeschlossen sind die Richtersprüche, eingeschlossen aber die staatsrechtlichen kirchenrechtlichen und völkerrechtlichen Rechtsgeschäfte. Rechtsübung oder Verfügung schließen einander nicht ganz aus, decken sich aber nur theilweis: Tradition Novation Cession Annahme

---

Einzelnen, ob er Testamentszeuge sein wolle, ist eine Willenserklärung (des Willens denselben als Zeuge anzunehmen), und das Ja darauf ist auch eine Willenserklärung; beide aber sind nicht selber Rechtsgeschäfte, sondern nur Stücke eines solchen. Rechtsgeschäft ist nun, was für sich ohne den Hinzutritt weiterer Elemente rechtliche Folgen hat; jene Aufforderung und die Antwort bleiben ohne alle rechtliche Folgen, wenn nicht so und so viele andere Thatsachen hinzutreten, die mit jenen vereint eine Testamentserrichtung ausmachen. Dennoch soll nicht geleugnet werden, daß Ein Rechtsgeschäft (a) auch Stück eines andern Rechtsgeschäfts (a', das sich also aus a + b zusammensetzt) sein kann, und daß das hinzutretende Element (b) bald Rechtsgeschäft sein, bald nicht sein mag. Die Voraussetzungen eines solchen Falles: daß a allein seine eigenen und a' desgleichen seine (von denen von a wohl zu unterscheidenden) Rechtsfolgen nach sich zieht; wie beispielsweise die Offerte allgemein als Rechtsgeschäft anerkannt werden sollte, die dann mit der Acceptation vereint wiederum Ein Rechtsgeschäft (Vertrag) ausmacht.

der Zahlung und viele andere sind Rechtsgeschäft und Rechtsübung zugleich; Kontrakte oder Quasikontrakte unter Parteien, unter denen noch keine Rechtsverhältnisse bestehen, sind stets Rechtsgeschäfte, aber sehr häufig (wo nicht reale Elemente einfließen) keine Rechtsübungen; andererseits vollzieht sich die regelmäßige Uebung dinglicher Rechte meist ohne Rechtsgeschäfte. Aus der obigen Definition könnte gefolgert werden, daß Besitzhandlungen zu dem Zwecke die Wirkungen eines Nonusus fernzuhalten Rechtsgeschäfte wären; mich dünkt diese Ausweitung des Begriffes nicht sonderlich gefährlich. Die volle Vertretung zur Rechtsausübung oder Verfügung involvirt die Vertretung zu Rechtsgeschäften partiell; umgekehrt involvirt die volle Vertretung zu Rechtsgeschäften einen Theil (und zwar gerade den wichtigsten) der Vertretung zur Verfügung; es kann aber auch diese und jene Vertretung so beschränkt sein, daß sie vom Gebiete der andern nichts mitumfaßt. Die Vertretung zu Rechtsgeschäften heiße ich Vollmacht, gleichviel ob es sich dabei um die Ausübung von Rechten handelt oder nicht.

Vollmacht ohne Verfügungsvertretung interessirt uns hier gar nicht, Verfügungsvertretung dagegen durchgängig, gleichviel ob sie mit Vollmacht verbunden ist oder nicht. Bei der Frage wie diese Verfügungsvertretung begründet werde, sind die beiden Hauptfälle aus einander zu halten:

I. Der Vertretene, dem die Verfügung zunächst zusteht, ist persönlich befähigt sie zu gebrauchen. Die Uebertragung der Verfügung, Begründung des Vertretungsverhältnisses geschieht durch den Willen des Berechtigten, der sich in verschiedenen Formen äußern kann, ausdrücklich als Spezial- oder Generalmandat, stillschweigend durch Einräumung eines Pekuliums nach Römischem Recht, Bestellung zum offenen Handelsgesellschafter oder zum Prokuristen nach dem Handelsgesetzbuch; Bestellung der Dos liegt auf den

Grenzscheide von Vertretung und Nachfolge in die Verfügung. Daß die Verfügungsvertretung auch ohne den Willen des Berechtigten begründet werden könne, scheint unerweislich; unbedenklich aber ist die Entscheidung nicht.

X erwirbt ein Gut zu dem außer anderem eine Wiese gehört, oder doch nach der Ansicht Einiger gehören soll; X weiß und erfährt davon nichts, seinem Wissen nach laufen die Grenzen diesseits der Wiese, auch will er nicht mehr haben. Sei es also daß er Verfügungsberechtigter der Wiese ist, die Verfügung übt er selber in keiner Weise aus, auch überträgt er sie auf Niemand. Aber während er auf dem erworbenen Gute wohnt, erfahren andere von der Wiese, seine Kinder und Leute, diese gehen über die Wiese, und da Niemand sie hindert, treiben sie die Kühe des X darauf, und fahren das Heu in Xs Scheuern, ohne daß er von dem allen hört. Die Leute aber meinen nicht anders, denn X sei Herr auch der Wiese, die Wiese ein Stück des erworbenen Gutes. Ist hier eine Ausübung der dem X zuständigen Verfügung anzunehmen? Die praktische Wichtigkeit der Frage, namentlich betreffs Verjährung und Besitzschutz, liegt zu Tage. Außerdem mag bemerkt werden, daß mannigfaltige Schattirungen des Falles denkbar sind: X kann Mann oder Weib sein, nach dem Erwerbe bald krank werden oder verziehn, die die Wiese für ihn benutzen, können sein haushörige oder nicht haushörige Kinder, Sklaven, Gesinde in Lohn und Brod, Taglöhner, der Gutsinspektor u. s. w.; sind diese Schattirungen von Einfluß auf die Entscheidung? — Zu Bedenken gibt zweierlei zumal Anlaß. Einmal daß haushörige Kinder und Sklaven nach Römischem Recht Vollmacht haben[2])

2) Hier muß ich Laband, Zschr. f. Hand.-R. X 183 f., insbes. 198—201 entgegentreten, der die ungewollte Vertretung zu Rechtsgeschäften (= Vollmacht) der Sklaven und Haussöhne für ihren Gewalthaber leugnet, weil der Stellvertreter stets namens des Vertretenen kon-

ohne Willen und Wollen des Gewalthabers oder Herrn. Da aber diese Vollmacht doch nur eine beschränkte ist, Vertretung nur zu Rechtsgeschäften die bereichern nicht die verpflichten, namentlich nicht zu solchen, durch welche dem Vertretenen zu-

---

trahiren wolle, bei Sohn und Sklaven aber es auf dies Wollen nicht ankomme, vielmehr die von ihnen erworbenen Rechte mit Nothwendigkeit kraft Rechtssatzes dem Vater oder Herrn zufielen. Wir unterscheiden „Vollmacht haben" (= Vertretungsberechtigter sein) und „Vollmacht üben" (= die Berechtigung gebrauchen; man hat Vollmacht, man ist berechtigter Vertreter; ohne Rücksicht darauf ob man namens des Vertretenen kontrahiren will, aber man übt die Vollmacht nicht aus ohne diesen Willen. Die Haushörigen und Sklaven sollen nicht Bevollmächtigte sein, weil sie auch ohne den fraglichen Willen und ohne Benutzung der der Vollmachtsübung entsprechenden Formen für ihre Gewalthaber erwerben; es macht bekanntlich keinen Unterschied, ob sie stipuliren „spondesne dari" oder „mihi dari" oder „patri (domino) dari" fr. 1 fr. de stip. seru. 45, 3. Die letzte Form entspricht der Vollmachtsübung sicherlich, und wenn der Sohn nun auch wirklich wollte, nicht für sich nur für den Vater erwerben wollte? Alle Voraussetzungen alle Wirkungen der Vollmachtsübung sind vorhanden; dennoch soll eine Vollmachtsübung nicht vorliegen, weil auch wenn an den Voraussetzungen der Vollmachtsübung etwas fehlte, derselbe Erfolg eintreten würde. Hiemit ist aber dargethan nicht, daß Söhne und Sklaven Vollmacht nicht haben, sondern dargethan nur, daß ihr Vollmachthaben durch diese Erscheinung nicht zu beweisen ist. Dagegen wird es bewiesen durch die Betrachtung des naheliegenden Falles, wo ein Sklave mehren Herren, oder einem Herrn und einem Usufruktuar zugehört. Gälte, wie Laband will, nur der Eine Rechtssatz, daß aller Erwerb des Sklaven dem Herrn zufließt, so müßte auch hier alles, gleichviel was und wie der Sklave stipulirt, den wahren Herren nach Verhältniß ihrer Eigenthumsquoten zukommen. Aber der Sklave kann bald für alle bald für einen erwerben, je nach der Fassung der Stipulation, was nicht anders zu erklären sein wird, als aus dem Dasein der gesetzlichen Vollmacht, die selbstverständlich bei dem Haussohn ebenso angenommen werden muß wie bei dem Sklaven. Was Laband höchstens zugegeben werden könnte, daß wenn ein Sklave nur Eines Herrn Erwerbsakte vornimmt, die Folgen der beiden Sätze, daß der Sklave Erwerbsbevollmächtigter des Herrn ist, und daß derjenige Erwerb, der dem Sklaven, falls dieser frei wäre, selber zukommen würde, dem Herrn zukommt, in ihren Folgen zusammentreffen.

ständige Rechte veräußert werden, so dürfte daraus für die Vertretung zur Rechtsübung nichts zu folgern sein. Um so weniger als, wie in vielen Stellen hervorgehoben wird, Sklav und Sohn dem unwissenden Herrn und dem Vater Besitz nur erwerben an Sachen, die in's Pekulium fallen, und über welche die Verfügung ihnen (Sklav und Sohn) ein für allemal eingeräumt ist (fr. 1 § 5, fr. 3 § 12, fr. 4, 24, 44 § 1 de adq. u. amitt. p. 41, 2; cf. fr. 16 de O. et A. 44, 7).

Wenn aber eine ungewollte Vertretung durch Sklaven und Haussöhne nicht besteht, so wird sie bei den dem Zuvertretenden ferner stehenden Persönlichkeiten erst recht nicht anzunehmen sein — dennoch, und hierauf beruht das zweite Bedenken, spricht sich in modernen Erkenntnissen bisweilen eine Neigung aus, die von Seiten des Vertretenen ungewollte Vertretung zur Rechtsübung, auch ohne das Erforderniß eines besonderen Verhältnisses zwischen den Betheiligten, zuzulassen da, wo der Vertreter selber den festen Vertretungswillen[3]) hat. Freilich

---

3) Doch besteht keineswegs Einstimmigkeit. Dresden (Seuff. A. II 11) nimmt an, daß zwar nicht „ohne allen Unterschied" dritte Personen durch ihre Benutzung den Besitz der Fahrgerechtigkeit dem Mühlenbesitzer erwerben, wol aber die Mahlgäste

> da dies Fahren gar nicht als reines factum alienum, sondern als ein solches zu betrachten ist, welches zugleich im Interesse des Mühlenbesitzers geschehen ist.

Daß auf eine „Anweisung" des Zuvertretenden es nicht ankomme, wird in einem zweiten unter derselben Nummer mitgetheilten Erkenntniß ausdrücklich gesagt. Dasselbe (S. A. III. 11)

> Wenn die Gesetze den Erwerb der Wegegerechtigkeit durch Stellvertreter zulassen, erfordern sie keineswegs, daß eine besondere Auftragsvertretung an letztere zu dem gedachten Zwecke stattgefunden habe;

unter Bezugnahme auf fr. 1 § 7, 8, fr. 3 § 4 de itin. 43, 13, fr. 9 de adq. u. amitt. p. 41, 2. Aehnlich Kassel (S. A. XIV 212):

> der Beweis daß die Mahlgäste, indem sie den Pfad beschritten,

sind die Fälle meist etwas anders gestaltet, es handelt sich um Realservituten oder juristischen Personen zuständige Berechtigungen; aber wenn man zu dem Grundstück und zu dem Herrn des Grundstücks in keinen besonderen Beziehungen steht, durch sein eigenes Handeln ohne Wissen und Wollen des Herrn vom Grundstück, desgleichen wenn man zu dem Vermögen der juristischen Person und zu dieser selber in keiner besonderen Beziehung steht, durch Handlungen ohne Wissen und Wollen der regelmäßigen Vertreter der juristischen Person, im Stande

---

ein Recht der Mühle ausgeübt, wurde darin gefunden, daß dieselben den fraglichen Weg nur wenn sie mahlen ließen, also in Veranlassung und zum Zweck der Nutzung der Mühle gegangen seien.

Anders Jena (S. A. XII 231):

Nach fr. 5, 6 pr., fr. 20 quemadm. seru. am. 8, 6, fr. 3 § 4 de itinere 43, 13, würde dieses Fahren die Fuhrleute, auch ohne besonderen Auftrag, zur Erhaltung des Besitzes genügt haben, keineswegs aber zur Erwerbung desselben.

Dies letzte bestätigt Celle (S. A. X 130) das zum Besitzerwerb durch Stellvertreter „in der Regel" entweder einen Befehl oder Auftrag erfordert, ein andermal dahin entscheidet (XIV 102), daß bei „ohne Auftrag und ohne Wissen der Testamentserben vom Testamentsexekutor vorgenommenen Besitzhandlungen jedenfalls im Augenblicke der Ratihabition den Gesetzen zufolge Besitz erworben" werde; fr. 42 § 1 de adq. u. am. 42, 1, fr. 24 de neg. gest. 3, 5. Damit kommt überein Berlin (S. A. III 11):

Ganz ungerechtfertigt erscheint die Annahme, daß bei der praescriptio longissimi temporis eine besondere Benachrichtigung dessen, für den der Besitz ergriffen worden, d. h. dessen eigene Wissenschaft von der für ihn erfolgten Besitzergreifung durch einen negotiorum gestor ganz unnöthig sei — der Prinzipal erlangt den Besitz von der Zeit der erklärten Genehmigung der durch den Prokurator ohne Auftrag geschehenen Besitzergreifung. Eine Zurückrechnung wie bei eigentlich juristischen Handlungen gilt eben bei dem Besitze nicht.

ist eine Rechtsübung als Vertreter des Grundstücks oder der juristischen Person vorzunehmen, so daß diese seine Handlungen als namens des Grundstücks oder der juristischen Person geschehen angenommen werden, so scheint die Konsequenz zu fordern, daß eine ebensolche Uebertragung der Verfügung auch berechtigten physischen Personen gegenüber ohne Willen und Wissen derselben soweit wenigstens zugelassen werde, wie das Interesse der Vertretenen selber dies fordert. — Der in dem N. 3 angeführten Erkenntnisse von Jena ausgesprochene Satz würde demnach allgemein dahin führen:

> daß jeder befugt wäre Ausübungshandlungen betreffs der Rechte Dritter vorzunehmen (m. a. W. „berechtigter Verfüger wäre"), insofern diese Handlungen zur Erhaltung der fraglichen Rechte dienen;

oder vielleicht gar noch darüber hinaus: „soweit diese Handlungen den Interessen des Vertretenen dienen." Doch dürfte es gerathen sein, die Folgen im Einzelnen sorgfältig zu erwägen, bevor wir zur Annahme eines solchen Gewohnheitsrechts oder Gesetzes uns entschlössen.

II. Der Vertretene ist nicht befähigt, die ihm zuständige Verfügung zu üben. Die Gründe der Nichtbefähigung können verschieden sein: rein faktischer Natur, oder rein juristisch (z. B. bei dem Verschwender), oder gemischt faktisch und juristisch (bei einem reiferen Kinde); die faktischen können in der Person selber ihren Sitz haben, oder in ihrem Verhältniß zum Objekt des Rechts (bei Abwesenden, Verschollenen). Ohne Berücksichtigung dieser Unterschiede tritt die Vertretung, im direkten Gegensatz zu den unter I. gehörigen Fällen, ein allemal ohne Wollen des Vertretenen; was sie begründet, ist positiv kaum anders anzugeben als: ein vom Recht anerkanntes Verhältniß zu dem Vertretenen. So hat die Tutel andere Ursachen als die Kuratelen, die cura absentis andere

als die der Verwaltung für Verschollene; ein besonderer Bestellungsakt wird häufig, aber nicht durchgängig erfordert. Die Vertretung kann auch mehren zugleich zustehen, gleich und ungleich Gestellten (Vormundschaft und Obervormundschaft). Jede Theilung bedingt eine Beschränkung der Verfügung der einzelnen Vertreter; aber auch abgesehen hievon, wo nur Ein Vertreter da ist, oder wenn die Gesammtberechtigung aller Vertreter in Frage kommt, ist die Verfügung der Vertreter stets eine beschränkte: Vormundschaft und Obervormundschaft zusammen haben nicht die Freiheit der Disposition, welche regelmäßig dem Eigenberechtigten zusteht.

Die Verfügung des Vertretenen kann auch durch die Person des Vertreters wieder auf Dritte übertragen werden; bald mit Willen des ersten Vertreters: der Vormund bestellt für den ganzen ländlichen Besitz des Mündels einen Administrator, dieser ernennt Inspektoren der einzelnen Güter, der Inspektor bestellt einen Viehmeister und dieser nimmt wieder Knechte an, deren Handlungen zweifellos dem Besitz des Mündels zugerechnet werden müssen. Aber auch ohne den Willen des Vertreters sind Uebertragungen möglich, bei verschiedenartigen Verhinderungen desselben die zuständige Verfügung zu üben. Klar ist auch hier sofort die Mannigfaltigkeit der Fälle: bei der weiteren Uebertragung kann die Verfügung mehr und mehr eingeengt werden, die Aftervertreter können auch in ein Verhältniß zum Hauptvertretenen kommen, in dem sie bei dem Ausscheiden des ersten Vertreters aus seiner Stellung verbleiben, es kann ihnen die Weiterverleihung der Verfügung bald gestattet bald untersagt sein, u. s. w.

Zugleich aber machen sich gewisse Eigenthümlichkeiten geltend bei allen Verfügungen, die einem Vertreter zustehen: der Eingeschränktheit ist bereits gedacht, im übrigen ergeben sie sich überwiegend daraus, daß die Verfügung nicht an der eigenen

Person, sondern an dem Verhältniß zur Person eines Dritten haftet. Die Verfügung geht nicht auf Erben über, es sei denn daß der Erbfall den Erben (wie dies z. B. bei der Verschollenheitskuratel möglich) in das Verhältniß zum Dritten brächte, in welchem bisher der Erblasser gestanden; aber auch hier dürfte die fragliche Verfügung nicht in die Erbschaft hineingezogen werden. Der Verfüger kann auch nicht die ihm zuständige Verfügung in ihrer Totalität auf einen Andern übertragen, m. a. W. einen andern Vertreter an seiner Stelle einsetzen, es sei denn daß ihm die Macht gegeben worden, dasjenige Verhältniß zum Vertretenen, welchem er die Verfügung verdankt, selber Dritten zu schaffen, was bei der gewollten Vertretung bisweilen, bei der nothwendigen sehr selten vorkommen dürfte.

C. Die Verfügung haftet an dem Verhältniß des Verfügers zu einer Sache. Wir kommen hier zu einer Gruppe von Rechtsverhältnissen, die insofern zwischen den beiden unter A. und B. betrachteten Gruppen steht, als sie mit jeder derselben in einigem übereinkommt. Am augenfälligsten ist die Aehnlichkeit mit den Vertretungsverhältnissen. Wie bei diesen haben wir zu thun mit zwei Beziehungen: denen der Sache zu dem Recht, dessen Verfügung an ihr haftet; und denen des Verfügers selber zu dieser Sache. Der Zusammenhang des Verfügers mit dem Rechte ist eben beide Male kein direkter, sondern ein mittelbarer. Der Unterschied aber beruht darauf, daß das verknüpfende Medium das eine Mal (bei B.) Mensch ist, das andere Mal (bei C.) Sache. Daher ist zu B. Regel, daß die Verfügung irgendwie im Interesse des Mediums, wo möglich so daß demselben der Genuß zufällt, geübt werde, während zu C. die Interessen des Mediums zurücktreten; und da das eben Sache ist, daß die Beziehungen des Verfügers zu dem Medium sich als sachenrechtliche gestalten.

So nähern sich ökonomisch die Verhältnisse zu A. und zu C. einander; man kann von beiden, Ausnahmen beiseit, sagen daß der Verfüger die Verfügung zu eigenem Recht und Vortheil habe, doch sind die Verschiedenheiten der juristischen Struktur nicht minder beachtenswerth.

Da übrigens die Rechtsverhältnisse zu C. doch nicht einfach Mischbildungen aus denen zu A. und denen zu B. sind, so ist es wenig überraschend, wenn der im Hinblick nur auf A. und B. entwickelte technische Sprachgebrauch, zur Bezeichnung der hier auftretenden Erscheinungen nicht recht ausreichen will. So paßt schon der Ausdruck nicht zum besten, daß der Verfüger hier als „Vertreter der Sache“ handle; die Handlungen des Vertreters ziehen dieselben Folgen nach sich, welche die gleichen Handlungen des Vertretenen begleiten würden. Aber die Sache kann nicht handeln, also gibt es auch keine Folgen ihrer Handlungen, keine Vertretung; es sei denn, daß man sich mit der doppelten Fiktion helfen wollte, wenn die Sache ein handlungsfähiges Etwas wäre, und von dieser Fähigkeit Gebrauch gemacht hätte. Auch die Verschiedenheit der ökonomischen Erfolge scheint die Benutzung des Worts „Vertreter“ nicht zu empfehlen; und doch wie anders sollen wir das Verhältniß des Verfügers zu einer Sache bezeichnen, wenn er Rechte ausübt, die unmittelbar nicht mit seiner Person, sondern mit der Sache verbunden sind?

Unter den hergehörigen Fällen bestehen im einzelnen sehr wesentliche Verschiedenheiten:

I. Je nach der Beschaffenheit der Sachen, an welchen die Verfügung haftet. Hier macht sich vornehmlich der Unterschied geltend, ob die Sache an und für sich schon Werth und Bedeutung hat, oder geschaffen wird nur um als Träger der Verfügung in den Verkehr einzutreten. Von jener Art kommen besonders Grundstücke in Betracht, von die-

ser Papiere, Scheine die dem Umlaufe bestimmt sind und die Folien der Grund= und Hypothekenkenbücher. Aber auch an beliebigen andern Sachen, wie Sklaven (Erbschaft, a. l. Aquiliae), Hausthieren, Geldstücken (die eingezogen werden sollen auf Austausch), Marken u. s. w. sehen wir die verschiedensten Rechte haften, so daß unumschränkt jede Sache zum Träger von Rechten gemacht werden kann. Beispielsweise ist es wohl denkbar, daß jede nicht ganz werthlose Sache versichert werde gegen verschiedene Gefahren, und zwar dergestalt, daß beim Eintreten des Unfalls wer zu der Sache in bestimmten Beziehungen steht zur Erhebung der Versicherungssumme befugt wäre.

II. Nach der Natur der Rechte, deren Verfügung an den Sachen haftet. Die Rechte können sein Vermögensrechte aller Art; dingliche, wie Eigenthum das am Grundfolium hängt, Realservituten, Personalservituten selbstverständlich nur da wo Menschen (Sklaven) zu den Sachen gerechnet werden, Aktienrecht (Quasimiteigenthum); ferner Hypothekenforderungen und selbständige Grundschulden, Recht zur operis noui nuntiatio, cautio damni infecti zu fordern, a. aquae pluuiae arcendae, wo Germanisches Recht eingedrungen die Befugniß zur Pfändung, Forderung von Reallasten; von rein obligatorischen bei den Römern condictio furtiua, a. furti, a. leg. Aquiliae und andere, bei uns vorzugsweise aber keineswegs ausschließlich die Rechte auf Geldleistungen die an Inhaber= und Ordrepapiere gebunden zu werden pflegen; auch die Rechte an Erbschaften und Legaten, die Sklaven zukommen. Familiengewalten eigentlich nicht, doch fehlt es auch bei diesen nicht an verwandten Erscheinungen: Erwerb der Gewalt über die Schwiegertochter in manu des Haussohns, über die haushörigen Kinder des Arrogirten. Auch auf dem staatsrechtlichen und kirchenrechtlichen Gebiet haften die Berechtigungen häufig an Sachen, zumal Grundstücken.

III. Nach dem Zusammenhang des Rechts mit der Sache. Der Zusammenhang kann sein ein festerer oder ein loserer, das Recht bleibt entweder allezeit ein an der Sache haftendes, oder es geht unter Umständen über von der Sache auf die Person; die Sache ist in jenem Falle das Medium des Habens, in diesem das Medium des Erwerbens. Wir erhalten hiernach zwei Hauptformen dieser Rechtsbildungen, die aber keineswegs allein bestehen, sondern auch andere Schöpfungen, so zwischen wie neben sich zulassen.

a. Die Sache ist nur Medium des Erwerbs, die erworbene Verfügung haftet unmittelbar an der Person, und steht überhaupt unter den Regeln, die für die oben unter A. zusammengestellten Verhältnisse gelten. Beispiele dieser Art sind schon im Römischen Recht häufig: Erwerb des Herrn durch den Sklaven (abgesehen von den oben bemerkten Vertretungsfällen), das Recht tritt zunächst mit dem Sklaven in Verbindung, es müssen alle Bedingungen eines eigenen Erwerbs für den Sklaven vorliegen, in demselben Augenblick aber, wo das erworbene Recht den Sklaven berührt, wird es weiter getragen auf die Person des Herrn, der Zusammenhang mit dem Sklaven wird völlig gelöst, der Herr wird so unmittelbarer Verfüger, als ob er auch unmittelbarer Erwerber gewesen wäre. Bedenken wir Erbschaften oder Legate, diese gehören dem Herrn fortab so fest und direkt, als ob sie ihm selber zugeschrieben wären, sie verbleiben ihm auch wenn er sich später von dem Sklaven trennt, und auf den neuen Erwerber des Sklaven kommt nichts. Nur wenn auch später noch einmal der Erwerb in Frage gezogen werden sollte, z. B. in einem Rechtsstreit, dann darf auch die Mittelbarkeit desselben nicht verleugnet werden, es ist zu beweisen, daß der Sklave die Erbschaft gemacht, und daß als er sie gemacht, er des Herrn gewesen. Ganz ebenso verhält es sich mit dem Erwerbe der a. furti und condictio

furtiua aus gestohlenen, und der a. l. Aquiliae aus beschädigten Sachen.

b. Die Sache ist unentbehrliches Medium des Habens, auch nach dem ersten Erwerbe bleibt die Verfügung haftend an der Sache, der Verfüger hat sie nur so lange sein Verhältniß zur Sache andauert, er verliert sie sobald er aus diesem Verhältniß scheidet, dagegen erwirbt sie wer neu in ein gleiches Verhältniß zur Sache tritt. Dies gilt zweifellos bei den Römischen Realservituten, wer das praedium dominans verläßt, hat die Servitut nicht mehr zu üben, wer dasselbe erwirbt, bekommt die Berechtigung mit. Dennoch ist hier der Zusammenhang von Recht und Sache noch nicht so scharf ausgedacht wie möglich: wenn Ein und derselbe Herr der dienenden und der herrschenden Sache wird, so geht die Servitut unter (fr. 1 quemadm. seru. 8, 6, fr. 27 de S. P. R. 8, 3). Zu erklären ist dies nur daraus, daß die Berechtigung, so lange der fundus diesem Herrn verbleibt, als Berechtigung des Herrn nicht des fundus gedacht wird, daß der fundus nur geben verschaffen, aber nicht haben könne. Dem entsprechend glaube ich im Sinne der Römer (mit Evers Serv. 38, wider Windscheid Pand. I § 215 N. 3, und auch Böcking Pand. II § 161 N. 12) entscheiden zu müssen, daß mit der Dereliktion des praedium dominans die Servitut erlösche; denn der fundus selber kann eben nichts haben halten und behalten, und muß deshalb sobald er den Herrn verliert die Berechtigung an's leere Nichts geben und damit zerstören. Fraglich freilich ob die Römer hier durchgängig konsequent geblieben, Marcian fr. 73 § 1 ad S. C. Trebell. 36, 1: ... seruitutes quae mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilominus ualent, als ob keine Konfusion stattfände, wogegen Pomponius fr. 8 comm. praed. 8, 4 Paulus fr. 18 de seru. 8, 1, Florentinus fr. 116

§ 4 de leg. I ausdrücklich die Restitutionsnothwendigkeit bei entsprechenden Legaten hervorheben. Auch daß ein modernes Gewohnheitsrecht innerhalb unseres Gemeinrechts die Römische Anschauung bereits verdrängt hätte, wird kaum zu erweisen sein. Dagegen haben wir in unserem heutigen Rechte andere Gebilde, bei denen das Forthaften des Rechts an der derelinquirten Sache, und der Nichtuntergang durch Konfusion außer Zweifel steht, und de lege ferenda würde ich unbedingt auf die Seite Windscheids treten, umsomehr als die praktischen Resultate nichts weniger als bedenklich sind: der Herr zweier durch eine Servitut verbundenen Grundstücke wäre berechtigt dieselbe aufzuheben; sobald das praedium dominans derelinquirt ist, befindet der Herr des praedium seruum sich in der Lage sein Grundstück zu befreien.

Keine Konfusion tritt ein bei den an Inhaber- und Ordrepapieren haftenden Forderungen: die Bank kann ihre eigene Note die sie gestern in Zahlung genommen heut wiederausgeben; und wenn nachgewiesen würde, daß dieser Staatsschuldschein derelinquirt gewesen und ein Jahr lang herrenlos gelegen, so stört das die daran geknüpften Kapital- und Zinsforderungen in keiner Weise. Daß auch bei Hypothekenforderungen und selbständigen Grundschulden die Bedürfnisse des Verkehrs den Nichtuntergang durch Konfusion fordern, ist in neuerer Zeit häufig erörtert und, freilich nicht ganz ohne Widerspruch, anerkannt worden.

Derartige Verhältnisse klar zu sehn, scheint Vielen schwer zu werden, zumal solchen, die den unfertigen Begriff des Rechtssubjekts weder fallen zu lassen noch fertig auszudenken wissen. Festhalten muß man, daß Verfügung und Genuß auseinander zu halten, und betreffs der Verfügung, daß Trägersein und Uebersein verschiedene Dinge sind. Träger der Verfügung sind infans und Wahnsinniger, Verschwender und ab-

sens, aber Ueber der Verfügung sind diese allesammt nicht, vielmehr sind es ihre Vertreter. Nun mag sich aus praktischen Gründen nicht sonderlich empfehlen Gläubiger oder Schuldner zu Vertretern wider sich selber zu bestellen, aber undenkbar ist es sicher nicht: der Vertreter eines unheilbar Wahnsinnigen kann für seinen Kuranden erheben was er selber ihm schuldet, er kann gegen sein (des Vertreters) Grundstück die Gerechtigkeit ausüben, die dem Grundstück des Wahnsinnigen zusteht. Träger eines Rechts kann auch die Sache sein, gerade ebenso gut wie der Mensch; es erfordert dies durchaus keine menschliche Eigenschaft, nur daß das objektive Recht die Sache als Rechtsträger annehme und die Beziehungen bestimme, welche einerseits das subjektive Recht an die Sache, andererseits die Sache an den Menschen knüpfen, der Ueber dieses subjektiven Rechts sein soll. Ich muß für durchaus denkbar erklären, daß ein Eigenthümer die seinem einen Grundstück zuständige Servitut ausüben lasse wider das andere, oder auch sie durch Nichtausübung oder durch Willensakt aufhebe. — Wer einen Schuldschein wider sich selber in der Hand hat, wird freilich die Ausübung unterlassen müssen, während er das für den Wahnsinnigen von sich erhobene Geld beiseitlegen oder im Interesse seines Kuranden anlegen könnte. Aber erlischt damit die Bedeutung des Scheines? Dies wäre nur der Fall, wenn jedes Recht kontinuirlich eines Verfügers bedürftig wäre. Die Bedeutung des Scheines liegt darin, daß die Verfügung über das fragliche Recht ihm angebunden ist, um geübt zu werden von denen, die in dieser und jener Beziehung zum Schein stehen. Wäre der Schein derelinquirt, so stünde Niemand zu ihm in dieser Beziehung, folglich wäre einstweilen Niemand befugt dies Recht zu üben; was aber, wie wir gesehen, den Bestand des Rechts nicht gefährdet, so lange nur die Möglichkeit bleibt, daß doch wieder Jemand zu dem Scheine in die für die Rechtsübung

erforderlichen Beziehungen treten könne. Und wenn der Schein in die Hand des Schuldners kommt, so ist es nicht anders: der Schein gibt die Rechtsübung dann nicht Niemand, sondern Jemand der sie nicht üben kann; die Rechtsübung selber also ist ausgeschlossen für den Augenblick, wie im vorigen Fall. Aber der jetzige Inhaber kann auch den Schein weitergeben, es kann wieder ein Uebungsfähiger in die fraglichen Beziehungen eintreten; kurzum wieder nur vorübergehende, keine definitive Verfügerlosigkeit des Rechts, und darum auch kein Grund, dasselbe für erloschen zu erklären. — Auch die Hypothek oder Grundschuldenforderung des Eigenthümers ist zum mindesten als ein, wenn auch ruhendes, doch bestehendes und zukünftiger Uebung vorbehaltenes Recht anzunehmen. Aber wir müssen hier wol noch einen Schritt weiter vorgehen, und auch die Ausübungsmöglichkeit in Händen des Eigenthümers anerkennen. Iura in re kann der Eigenthümer an seiner Sache darum nicht haben, weil alle Befugnisse, die sie verleihen könnten, ihm schon aus dem Eigenthum zustehen: gäbe ein ius in re eine Befugniß, die im Eigenthum nicht mitenthalten wäre, so müßte rationeller Weise dies ius in re auch dem Eigenthümer zustehen können. Die Hypothek oder Grundschuldenforderung aber hat in der That etwas vor dem Eigenthum voraus: denn bei dem Verkauf des belasteten Grundstücks gibt das Eigenthum kein Recht, den Grundgläubigern irgend einen Theil des Erlöses vorweg zu nehmen, der Eigenthümer als solcher erhält nur den nach der Befriedigung aller Grundgläubiger verbleibenden Rest; die eigene Hypothek oder Grundschuldenforderung aber würde dem Eigenthümer das Recht geben, auch an dem auf die Grundschuldendeckung zu verwendenden Theil des Erlöses zu partizipiren, und je nach dem Lokus seiner Forderung mehren oder wenigeren der andern Grundgläubiger dabei vorzugehen.

So entschieden hiernach die Möglichkeit von Rechten zu behaupten ist, bei welchen der Gedanke der Haftung an der Sache mit völliger Konsequenz durchgeführt ist, also Uebung des Rechts nur durch den, welcher zur Zeit zu der Sache in bestimmtem Verhältnisse steht, und wenn zur Zeit Niemand oder ein Uebungsunfähiger in diesem Verhältnisse stünde, Fortdauer des von der Sache allein getragenen Rechts, so ist gleichwol einzuräumen, daß diese volle Konsequenz oft nicht gewahrt wird. Für durchaus konsequente Gebilde würde ich halten Inhaberpapiere, bei welchen, wie bei unsern Zinskupons und Talons jetzt gewöhnlich, eine Mortifikation (Amortisation) nicht stattfindet. Aus wessen Händen der Schein gekommen, der hat von dem daran haftenden Rechte nichts mehr, während andererseits der herrenlos gewordene oder in die Hand des Ausstellers gelangte Schein darum von seiner Wirksamkeit nichts einbüßt.

Aber bei vielen, insbesondere verzinslichen Inhaberpapieren ist die Zulässigkeit einer Mortifikation allgemein angenommen. Sollten wir hier die Gewährung neuer Scheine seitens des Ausstellers als den Akt einer reinen aber doch vielleicht klug berechneten Liberalität betrachten? ähnlich etwa wie die wissentliche Bezahlung falscher Noten seitens einer Bank; denn der direkte Schaden bleibt doch voraussichtlich geringer als der Gewinn aus der Kreditsteigerung. Wo aber hinsichts der Mortifikation im voraus Bestimmungen getroffen sind, wird doch ein Recht des Verlierers auf neue Scheine nicht wohl in Abrede gestellt werden können. Der Verlierer muß also nach dem Verlust des Scheins, sei es daß dieser untergegangen oder nur abhanden gekommen, noch ein Recht haben, und er kann dies Recht aus dem gegenwärtigen Verhältniß zum Schein nicht herleiten. Also muß aus dem früheren Verhältniß zum Schein dies Recht hervorgegangen sein, und jetzt unabhängig

von dem Schein an der Person des früheren Scheinhabers und jetzigen Vertreters selber haften. Aber der Schein, falls er nur noch existirt, hat doch seine Wirksamkeit auch noch nicht ganz verloren, und falls er nur vor der vollendeten Mortifikation in geeignete Hände kommt, so geht der gegenwärtige Scheininhaber dem früheren jetzt persönlich Berechtigten vor. Wir müssen danach dem Schein zwei verschiedene Funktionen zuschreiben: die eine Wirkung quillt aus dem Haben, die andere aus dem Erwerbe; die Wirkung aus dem Haben ist die stärkere, die im Konflikte vorgeht; ist aber Niemand, auch der frühere Erwerber nicht in der Lage das Recht aus dem Haben zu behaupten, so wirkt das Recht aus dem Erwerbe immerhin soviel, daß daraus die Aushändigung neuer Scheine nach Mortifikation der alten zu fordern ist.

Einer andern Eigenthümlichkeit begegnen wir bei den Eisenbahnbillets. Nach den meisten Statuten ist ein Reisender, der sein Billet nicht mehr vorzeigen kann, auch wenn er es früher schon vorgezeigt hätte, von der Weiterfahrt auszuschließen. Die Bahnbillets würden hiernach zu den strengen Inhaberpapieren zu stellen sein, bei denen nur das Haben berechtigt (oben b.). Behält solch ein Billet seine Kraft, wenn es aus den Händen des Berechtigten kommt? E stiehlt dem D ein Billet zweiter Klasse Köln-Berlin, nachdem beide das erste Mal ihre Billets vorgezeigt haben; E fährt selber nur bis Minden und verkauft hier das gestohlene Billet für die Strecke Minden-Berlin an den völlig gutgläubigen B. Gesetzt daß dieser Thatbestand erwiesen wäre, ist B. berechtigt die Beförderung von Minden nach Berlin zu beanspruchen? Die Frage ist unabhängig von dem weiteren Verhalten des D., ob dieser in Minden geblieben oder ein neues Billet genommen, zu entscheiden? Sind Eisenbahnbillets überhaupt negotiable Papiere, oder geben sie nur dem ersten Erwerber ein Recht? Oder sollte

zwischen verschiedenen Arten der Billets vielleicht zu unterscheiden sein: ob sie auf eine durchgehende Fahrt, oder vielmehr so ausgegeben sind, daß es bei dem Erwerber steht, binnen gewisser Zeit jeden Zug zu benutzen, und unterwegs nach Belieben Halt zu machen? — Die Spezialerörterung dieser und anderer einschlägiger Fragen würde hier zu weit führen, es genügt uns der Hinweis auf die Mannigfaltigkeit der möglichen Bildungen. Und als möglich wird sicher zugegeben werden müssen: daß ein Schein nur dem Ersten, der zu ihm in ein gewisses Verhältniß tritt, ein Recht verleiht; daß das Recht fortwährend an den Schein gebunden bleibt, und mit dem Schein auch diesem Ersten wieder verloren gehen würde, also nach der Trennung des Scheins von dem ersten Erwerber der Erwerber rechtlos, und der Schein wirkungslos wären.

Wenn nach alledem a. und b. nur eben als Grundtypen zu betrachten sind, deren konkrete Ausprägung in mannigfaltiger Weise geschehen kann, so wird die praktische Bedeutung des Gegensatzes dadurch doch nicht aufgehoben. Die Divergenz der Folgen, ob das Recht an der Sache haften bleibt oder von der Sache auf die Person übertragen wird, ist so groß, daß man meinen könnte es werde überall klar sein, auf welche Seite ein im Leben auftauchender Fall gehöre. Vielleicht aber trägt die mangelhafte Entwickelung unserer Theorie, insbesondere das Fehlen aller technischen Namen zur Bezeichnung der verschiedenen Stellungen der Sache zum Recht, Schuld daran daß auch die Praxis nicht selten im Dunkeln zu tappen scheint.

Ein Beispiel aus neuester Zeit. Das Preußische Gesetz vom 21. 5. 1861, betreffend die anderweitige Regelung der Grundsteuer, hatte im § 5 „die Gewährung einer Entschädigung für die Aufhebung der Grundsteuerbefreiungen und Bevorzugungen" festgesetzt, welche durch das Entschädigungsgesetz von demselben Datum speziell geordnet wird. Ich übergehe

die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes, aus denen das Berliner Obertribunal (Striethorst, Arch. Bd. 77 S. 256) aber mit schlagender Evidenz die rechtliche Natur dieses Entschädigungsanspruchs, als einer persönlichen Forderung desjenigen Gutsbesitzers nachweist, welcher genöthigt wurde dem Staate sein bisheriges Recht oder den bisher genossenen Vortheil zum Opfer zu bringen, m. a. W. desjenigen der bei Einführung der neuen Grundsteuer am 1. Januar 1865 Eigenthümer war. Die schuldige Entschädigung konnte aus gewissen Gründen nicht gleich gezahlt werden, und erst unter dem 17. März 1867 erging die betreffende Anweisung des Preußischen Finanzministers, nach welcher die Legitimation der Entschädigungsberechten als gegenwärtiger Eigenthümer zu führen und namentlich dann als geführt zu erachten, wenn der Besitztitel im Hypothekenbuch für dieselben berichtigt wäre. Der Minister hat sich hiermit einer Verwechslung schuldig gemacht: während das Eigenthum am Grundstück nach dem Gesetz nichts sein sollte als Medium des Erwerbs einer persönlichen Forderung, der sich mit dem 1. Jan. 1865 vollzog, behandelt er dasselbe Eigenthum als Medium des Habens Behaltens und folgeweise der Geltendmachung dieser Forderung, er schreibt einen Legitimationsmodus vor, der nach Umständen den Berechtigten unzugänglich, den Unberechtigten aber zugänglich ist. Natürliche Folge, daß mehrfach die Entschädigungssumme von Unberechtigten erhoben worden, die Berechtigten aber zur Prozeßanstellung sich gezwungen gesehen haben. Gemeinrechtlich kann kein Zweifel darüber sein, daß diese Prozesse wider den Schuldner der an einen Nichtgläubiger gezahlt und an den Gläubiger nicht gezahlt hatte, d. h. wider den Fiskus anzustrengen gewesen wären, und diesem demnächst freigestanden hätte sein Glück mit einer condictio indebiti wider den Nichtgläubiger, an den er gezahlt, zu versuchen. Das Preußische Obertribunal hat anders ent-

schieden und die Klage des Staatsgläubigers, der die Entschädigung nicht erhalten, wider den Nichtgläubiger, der sie erhalten, für begründet erklärt, unter Bezugnahme auf § 10 § 30 I 16 A. L. R., welche aber die Abweichung vom gemeinen Recht doch kaum zu entschuldigen scheinen:

§ 10 Ueberhaupt aber werden alle Verbindlichkeiten durch deren Erfüllung aufgehoben.

§ 30 Nur dem Gläubiger, oder demjenigen welchem das Recht desselben oder dessen Ausübung übertragen ist, kann gültig gezahlt werden.

War das Finanzministerium vielleicht befugt die Rechte eines Staatsgläubigers, oder auch nur die Ausübung dieser Rechte auf Dritte zu übertragen?

IV. Verschiedenheiten der Stellung des Verfügers zur Sache. Auch diese können groß sein. Bisweilen ist Eigenthum erforderlich: der Erwerb des Sklaven fällt regelmäßig dem Herrn zu, die condictio furtiua soll nur der dominus der gestohlenen Sache anstrengen können. Die a. furti dagegen gibt schon das bloße rechtliche Interesse an der Sache („f. a. ei competit cuius interest rem saluam esse"), die cautio domini infecti hat neben dem Eigenthümer zu fordern der gutgläubige Besitzer der Emphyteut Superfiziar Nutznießer Pfandgläubiger. Die am Inhaberpapier haftenden Rechte hat eben der Inhaber, dagegen entscheidet bei Hypothekenfolien der auf denselben eingetragene Name.

Es ist schon vorhin bemerkt, daß im Falle des Rechtsstreits wer das ihm aus einer Sache zur Verfügung stehende Recht behauptet, einmal die Zuständigkeit des Rechts zur Sache und zweitens das Verhältniß zu beweisen hat, in dem die Sache zu ihm selber steht. Darauf brauchten wir hier nicht zurückzukommen, wenn nicht diese Behauptung, freilich von einem andern Gesichtspunkte her, in sehr scheinbarer Weise bestritten

wäre. Jhering (in dies. Jahrb. IX. 46 f., vergl. Geist III. 65 f.) führt aus, daß das Erforderniß des Eigenthums bei der a. l. Aquiliae und bei der cond. furt. nur den Sinn gehabt hätte, dem Beklagten die Möglichkeit zu eröffnen, durch den Nachweis, daß die Sache nicht dem Kläger sondern einem Andern gehöre, sich der Klage zu entziehen; desgleichen hätte Beklagter bei der a. furti sich durch den Nachweis helfen können, daß Kläger die Sache gestohlen und darum selber kein Interesse daran habe (cf. fr. 12 § 1 de furtis 47, 2). Bei der cond. furt. und bei der a. l. Aquiliae aber soll von dem Kläger zu beweisen sein nur der Besitz, und dieser Beweis bis auf weiteres die Präsumption des Eigenthums geben. — Damit ist nun allerdings zugegeben, daß Kläger überhaupt ein Verhältniß zur Sache zu beweisen habe, und es könnte für uns gleichgültig erscheinen, ob der Eigenthumsbeweis vom Kläger vollständig oder nur bis auf die Besitzesposition durchzuführen, und von da ab durch Präsumption zu ergänzen wäre; indessen führt die Jheringsche Ansicht doch zu andern praktischen Resultaten als unsere Auffassung, die Arbeit wird gemehrt, es genügte nicht das Eine Wissen „dies Verhältniß zur Sache ist maßgebend und fällt darum in den Beweis des Klägers und in den Gegenbeweis des Beklagten", sondern doppelte Grenzlinien wären zu ziehen, die einen für den Beweis des Klägers die andern für den Gegenbeweis des Beklagten. Ueberdies steckt ein so gesunder Kern in dem angeregten Zweifel, daß ich mir das nähere Eingehen nicht versagen kann.

Ohne weitere Aufzählung ist zu behaupten, daß wir hier mit einer sehr ansehnlichen Schaar von Fällen zu thun haben, die allesammt ausnahmslos an unsere Gegner herantreten und eine Entscheidung erfordern: soll hier das erforderte Verhältniß zur Sache ganz? oder nur zu einem Theile? und zwar zu welchem? bewiesen werden. Z. B. bei der a. furti: wenn

Kläger sein Interesse nicht zu beweisen hat, was hat er dann zu beweisen? überhaupt gar kein Verhältniß zur Sache? so daß Jeder als Kläger auftreten könnte, der eben nur das furtum factum zu beweisen vermöchte? — Ich meine schon diese Reflexion werde genügen, um darzuthun daß allemal ein Beweis des Verhältnisses zur Sache zu erfordern ist, und daß vielemal dieser Beweis kein anderer als der des maßgebenden Verhältnisses in seiner Totalität sein kann. Mag es einige Fälle geben, wo zunächst ein Geringeres zu beweisen, und der Rest durch Präsumption zu erfüllen ist. Uebrigens werden wir wohl thun Römisches und heutiges Recht auseinanderzuhalten.

Die Pandektenjuristen kannten als Regel nur unförmlichen Beweis, und wie frei die Römischen Richter damit umgegangen, das erfahren wir z. B. von Gellius (N. A. XIV 2). Bei einem solchen prozessualischen Verfahren konnte auch das Erforderniß des Eigenthums bei der mutui datio und bei dem legatum per uindicationem und bei den Rechtsgeschäften des Sklaven keine irgendwie erheblichen Schwierigkeiten machen. Der Richter sieht sich seine Leute an, er erwägt die ganze Lage der Sache; dann kommen die einzelnen Punkte, was in sein Gesammtbild paßt, das nimmt er bald an, soll er ja doch auch dem Wortlaute der Formel gemäß nur nach dem was ihm scheint, nicht nach dem was ist entscheiden. So finden die Pandektenjuristen in all den Sätzen nichts Bedenkliches, wogegen Justinian (c. 14 § 1 de contr. stip. 8, 38) allerdings zur Nachhülfe durch Präsumptionsverordnungen sich gedrängt fühlen mochte. Desgleichen würden bei dem gemeinen Prozesse diese Römischen Vorschriften oft unbequem geworden sein, wenn man es damit allezeit recht strenge genommen hätte. — In dem praktischen Resultat würde ich also vielleicht noch über Jhering hinausgreifen, daß mit der strengen Beweistheorie nicht auszukommen ist bei Rechtssätzen die im

Hinblick auf die freie Theorie entwickelt sind; wogegen ich seiner historischen Entwickelung betreffs der Einführung eines Einwands in der Ipso-iure-Form nicht beipflichten kann. —

Noch ist zur Vermittelung des Zusammenhangs von Recht und Verfüger überhaupt zu bemerken, daß, ähnlich wie bisweilen die Verfügung von einem Vertreter auf einen Aftervertreter u. s. w. übertragen wird, auch mehre Sachen hintereinander als vermittelnde Medien wirksam werden können. Die Hypothekenforderung haftet zunächst am Folium, und steht dann gewöhnlich von hieraus demjenigen zu, der auf dem Folium eingetragen steht; wo aber, wie dies jetzt vielorts beabsichtigt ist, über die Grundschulden Inhaberpapiere ausgegeben werden, da kommen die Forderungen aus dem Buch zunächst an den Schein, und erst von diesem an die Person des Berechtigten. Etwas anders bei zinsbaren Inhaberpapieren: gewöhnlich haftet an dem Kapitalschuldscheine nicht die Forderung der Zinszahlung, sondern nur die auf Aushändigung der Kupons, oft auch nur auf Aushändigung des Talons, aus diesem das Recht auf Kupons, und aus den Kupons das Recht auf Zinszahlung. — Auch kann es vorkommen, daß die Vermittelung durch Menschen und durch Sachen bewirkt wird: mein Recht aus dem Grundstück kann ich durch Vertreter üben lassen; und der Anwalt, der die Partei im Prozeß zu vertreten hätte, kann zum einzelnen Termin ein Blankett auf das Gericht schicken, das jedem seiner Kollegen die Befugniß zur Aftervertretung auf diesem Termin zu verleihen vermag.

D. Die Verfügung haftet an einem Amte oder Aehnlichem. Die mangelhafte Fassung dieser Rubrik ist ersichtlich; wir haben uns zunächst über die Sache selbst zu verständigen. Auf der Universität zu N. hat der Dekan der juristischen Fakultät gewisse Hebungen, er hat außerdem die Verleihung einiger Stipendien, wenn er nicht will wird nichts

[illegible] wird dem [illegible] verliehen. Diese Berechtigungen sind in den vorgenannten Kompetenzen (A—C) nicht unterzubringen: die Berechtigung haftet nicht an dem Dekan persönlich (A), sie haftet nicht an einem andern Verhältnis des der Dekan [illegible] (B), sie haftet nicht an einer Sache zu der der Dekan im [illegible] Verhältnis steht (C); sie haftet, [illegible] wir [illegible], an dem Amte. Wir brauchen uns nicht lange umzusehen, um zu entdecken daß in derselben Lage, bei A. B. C. kein Unterkommen zu finden, gar nicht wenig [illegible] Berechtigungen sind. Das gewählte Beispiel aber ist darum besonders brauchbar, weil es zeigt daß auch das Amt, ebenso wie die Sache (vergl. C. III), bald Medium des Erwerbens, bald Medium des Habens ist. Das Anrecht auf die Hebungen, wenn diese zufällig im Dekanatsjahre zur Auszahlung nicht gelangt sein sollten, verbleibt der Person des Dekans auch nach Niederlegung des Dekanats, eventuell würden seine Erben nicht sein Amtsnachfolger succediren; die Stipendien aber, die in diesem Jahr nicht zur Vertheilung gekommen sind, über die ist diesem Dekan mit Ablauf des Jahres die Verfügung entzogen, dagegen gehen dieselben in die Disposition des Nachfolgers über.

Ebenso ist die fernere Aehnlichkeit unverkennbar, daß wenn etwa ein Rechtsstreit über derartige Berechtigungen ausbrechen sollte, der Kläger einmal die Zuständigkeit der Kompetenzen zu dem Amte, zweitens die Zuständigkeit des Amtes zu seiner Person zu erweisen haben würde.

Das Dasein dieser vierten Gruppe wird hiernach kaum in Zweifel gezogen werden können; desto mehr Schwierigkeiten scheint ihre Abgrenzung zu bereiten. Die Aemter sind hier nur als die zumeist in die Augen springenden Repräsentanten derselben genannt. Aber außer den Aemtern gehört ersichtlich

noch allerlei anderes „ähnliches“ herein: welche sind die Kriterien der Aehnlichkeit?

Und zuvor, was ist denn Amt? Doch nicht blos eine Stellung von Staatswegen? Auch die Gemeinden haben ihre Beamten, und auch an deren Aemtern können Berechtigungen haften. Sollten Privatkorporationen Eisenbahngesellschaften oder Banken nicht gleichfalls Beamte haben? Und wenn ein Grubenbesitzer sich eine Rentkammer einsetzt, was wehrt an die damit gegründeten Aemter gleichfalls Verfügungsberechtigungen zu knüpfen? Hier könnten die Amtsberechtigungen (die wir unter D. stellen) mit den Vertretungsberechtigungen (unter B.) zusammenzulaufen scheinen; denn sollten diese Beamten unseres Grubenbesitzers nicht auch Vertreter ihres Prinzipals sein, und werden die Rechte die sie zu üben haben nicht mehr an der Person des Prinzipals zu haften scheinen? Doch keineswegs überall: der Großvater des jetzigen Besitzers von X. hat eine Stiftung gemacht, aus der alle Beamten der Rentkammer, solange sie in ihren amtlichen Stellungen verbleiben, alljährlich die erforderlichen Beträge zum Einkauf ihrer Familien in die Wittwen- und Waisen-Kasse erhalten; das Recht haftet am Amte, und wird nicht in Vertretung des Prinzipals geübt.

Soweit wir aber auch den Begriff des Amtes ausdehnen, wir kommen damit nicht aus. So gut wie dem Dekan können Hebungen auch Studirenden zustehen, entweder allen oder solchen die gewisse Bedingungen erfüllen; oder Gymnasiasten, z. B. den Ersten jeder Klasse, oder nur dem primus omnium; oder Bürger einer Stadt haben die Berechtigungen, oder Glieder einer Zunft; oder vielleicht gewisse Kranke und sonst Hülfsbedürftige. Wir gehen noch weiter und denken an die tesserae, die in Rom zur Vertheilung kamen, oder an die Rationen, die in der belagerten Festung ausgegeben werden: woran haftet denn hier die Berechtigung? an Aemtern sicher

nicht? an Stellungen, Zuständen? doch so, daß wenn zufällig Niemand in der Stellung in dem Zustand sich befindet, die Berechtigung von dem abstrakten Begriff weiter getragen und erhalten werden könnte. Was jedesfalls noch schwieriger zu denken ist, als wenn das Recht von der einstweilen herrenlosen Sache weitergetragen wird (vergl. C. III b, in normaler Entwickelung). Ueberdies nähern sich manche dieser Rechtsverhältnisse den unter A. aufgeführten in bedenklicher Weise.

Für jetzt müssen wir uns daran genügen lassen, das Dasein dieser vierten Gruppe konstatirt und ihr Wesen irgendwie anschaulich gemacht zu haben; die Grenzregulirung wird späteren Untersuchungen vorbehalten.

Bisher sind ausschließlich diejenigen Beziehungen in Betracht genommen, die Jemand zum Verfüger eines Rechts machen; es bleibt in gleicher Weise zu erforschen, was zum Genießer mache. Ohne weiteres leuchtet ein, daß alles was Verfügung gibt auch Genuß zu geben vermag, schon weil Verfügung und Genuß überall (A — D) verbunden sein können. Freilich zeigt sich ein gewisser Unterschied unter unsern Klassen:
bei A, wo die Verfügung am Individuum selber haftet, wird sie regelmäßig mit dem Genuß verknüpft sein;
bei B, Vertretungsverhältnissen möchte eher die umgekehrte Regel gelten; der Vertreter wird wenigstens nicht den unbeschränkten Genuß des dem Vertretenen zuständigen Rechts haben, doch ist eine Prokuratur in rem suam bei der Ausübung von Forderungsrechten oder eines Usufrukts auch nichts Unerhörtes;
bei C, erscheint wieder der eigene Genuß vorherrschend;
wogegen bei D, schwer zu entscheiden sein wird, wohin die Mehrzahl der Fälle sich neigt.

So einleuchtend ist, daß Verfügung und Genuß nicht stets in gleichem Umfange zusammenbestehen, so schwierig wird die Untersuchung ob Jemand blos Genuß ohne alle Verfügung, und umgekehrt blos Verfügung ganz ohne Genuß zustehen kann. Für jenes möchte man sich beziehen wollen auf die Rechte, deren Genuß ausnahmslos Jedem zusteht; daß auch die Verfügung Jedem zustehen könnte, scheint undenkbar (bei den actiones populares besteht überall ein Vertretungsverhältniß, auch ist nicht „Jeder" Vertreter, nur kann „Jeder aus einem gewissen Kreise" sich dazu machen). Aber Genießer d. h. Genußberechtigter kann wirklich Jeder sein: wenn eine Kunstsammlung stiftungsmäßig dem Publikum geöffnet wird, ist Jeder der zum Publikum gehört genußberechtigt; E hat ein Legat hinterlassen, daß das Musikkorps auf offenem Markte zweimal wöchentlich die Sommermonate hindurch spiele; bei jedem öffentlich aufgerichteten Monument ist berechtigter Genießer Jeder.

Ob man befugt ist zu sagen, Verfügung könne auch ohne Genuß dasein, das hängt von dem Sinne ab, in dem das Wort „Genuß" verstanden wird. Der Kollator eines Stipendiums kann von der Verleihung durchaus keinen pekuniären Vortheil haben, aber er hat doch das Bewußtsein seinen Willen zur Geltung zu bringen, und das angenehme Gefühl Andern zu nützen. Mit gutem Fug kämpft Jhering (Geist III § 60) dawider, daß der Wille das bloße Wollen, einen Willen verwirklichenkönnen als Zweck der Rechte angenommen werde; das Wollen dient einem ferneren Zweck, es soll einen folgenden Genuß schaffen. Aber dies schließt nicht aus, daß schon das Können an sich eine gewisse Befriedigung gewähre: es ist eben mein Wille der durchdringt, daß dies der Fall schafft mir das Gefühl einer gewissen Genugthuung. Psychologische Untersuchungen des Warum wären hier nicht an der Stelle;

der Mensch ist nun einmal so geschaffen. Dieser Genuß, der einfach aus der Durchführung des eigenen Willens fließt, ist von der Verfügung unter keinen Umständen abzulösen. Ferner wird bei allen Rechten von etwas größerer Tragweite auch ein gewisser indirekter Vortheil aus der Verfügung fast unausbleiblich erscheinen. Um den Kollator werden die Stipendiensucher sich bemühen und ihm nach Kräften gefällig sein; ob und was ihm das nützt, was er selber darauf gibt, das hängt von den Umständen ab, ist er gerade Professor, so darf er schon auf einige fleißige Zuhörer mehr rechnen. Und wenn ich die Verwaltung eines größeren Stiftungskapitals hätte, ohne alle Emolumente für mich, aber mit freier Verfügung, welche Hypotheken ich beleihen, welche Staatspapiere und Prioritäten ich kaufen will, sollte es dann schwer fallen in der ehrlichsten Weise und unter Einhaltung aller stiftungsmäßigen Regeln der Verwaltung, einen ganz anständigen Lebensunterhalt sich zu verdienen?

§. 4.

Das Auseinanderfallen von Verfügung und Genuß verdient noch genauer in Betracht gezogen zu werden. Offenbar ist dies kein einfaches und ursprüngliches Verhältniß, denn das nächstliegende ist überall, daß wer die Verfügung hat auch den Genuß sich selber zuwendet. Das ist hier ausgeschlossen, die Verfügung ist in gewisse Schranken gebannt; die Schranken aber müssen irgend ein Mal gezogen sein und irgend einem Wollen ihre Entstehung verdanken. Ausnahmslos bei jeder beschränkten Verfügung haben wir mit zwei von einander unterschiedenen Willen zu thun, mit dem des Verfügers selber, und dem desjenigen der die Schranken gesetzt hat.

Eine Theorie dieser beschränkenden Dispositionen ist bisher

noch nicht recht zur Entwickelung gediehen. Die Beschränkung beruht wie gesagt allemal auf einem Wollen, für den Augenblick wo die Verfügung genutzt werden soll richtiger auf einem Gewollthaben, das rechtlich geschützt wird. Der gewollt hat, ist der Regel nach ein Anderer als der Verfüger, dem die Uebung des Rechts jetzt obliegt; z. B. bei gekürten Vertretern der Vertretene, bei Stiftungen der oder die Stifter. Undenkbar wäre freilich nicht, daß Jemand eine Stiftung gemacht und damit sich selber die Hände gebunden, so daß er die Verwaltung der Stiftungskapitalien zwar selber noch, aber nach den mit der Stiftung gesetzten Regeln zu führen hätte. Die der Verfügung gezogenen Schranken würden hier anf dem eigenen Gewollthaben beruhen. Dieselbe Beschränkung kann aber auch vom Recht gegeben sein; so existiren feste Regeln für die Verwaltung der Vormundschaften und anderen Kuratelen; es gibt gesetzliche Veräußerungsverbote u. s. w. Ueberall tritt hier das Recht, mag es nun seinen Ausdruck in Gesetz oder in Gewohnheit gefunden haben, an die Stelle der Betheiligten und will statt ihrer; nicht was sie wirklich wollen oder gewollt haben kommt in Betracht, sondern nur was sie gewollt haben würden, wenn sie im Sinne der Urheber des Rechts korrekt gedacht hätten. Man könnte derartige Rechtssätze materielle Fiktionen nennen; die Rechtsfolgen sind eben dieselben, wie wenn die Betheiligten wirklich gewollt hätten, aber die Form der Fiktion zu wählen lag kein Grund vor. Zweifellos richtig, daß „alle Beschränkungen der Verfügung auf einem Gewollthaben beruhen"; ob man dann fortzufahren hat „einem Gewollthaben entweder früherer Verfüger desselben Rechts oder der rechtbildenden Staatsorgane?" oder besser „einem wirklichen oder supponirten Gewollthaben der früheren Verfüger?" das mag füglich ungeprüft bleiben.

Wir bedürfen eines Namens für den Inhalt der Rechts-

geschäfte, der auf diese Beschränkungen der Verfügung hinausläuft. Ich will den Ausdruck „Zwecksatzung“ benutzen, der auch von Anderen schon, wenngleich nicht ebenso bestimmt, doch ähnlich gebraucht ist. Kann sein daß ein anderer schärfer bezeichnender zu finden wäre, dieser behält den Vorzug schon einigermaßen bekannt zu sein, und ist auch nicht ganz unzutreffend. Denn wie die Rechtsübung nicht ohne Zweck zu geschehen pflegt, so geschieht eine dauernde Beschränkung der Uebung und Bewegung des Verfügers erst recht nicht ohne Zweck: der Uebung des Rechts wird ein Zweck gesetzt, und damit jede nicht zu dem Zweck sondern daran vorüberführende Art der Uebung ausgeschlossen.

Die Zwecksatzungen nehmen ersichtlich einen großen Theil des Gebiets der Rechtsgeschäfte ein, neben den Zuwendungen den größten. Die Begriffe der Zuwendung und der Zwecksetzung bilden einen Gegensatz, doch so daß bei Einem Rechtsgeschäft Zuwendungs- und Zwecksatzungswillen sehr wohl zusammengehen können; — wie eine Sache theils schwarz theils weiß, und daneben noch theils gemischt weiß und schwarz, d. h. grau sein könnte. Die Zuwendung bewirkt eine Substanzminderung des einen und Substanzmehrung des andern Vermögens: durch Uebertragung eines Stücks (Eigenthum durch Tradition, Forderung durch Cession u. s. w.) in das andere; oder durch Konstituirung eines Rechts (Forderung, Grundschuld, ius in re aliena) des einen wider das andere; oder durch Aufhebung einer solchen Belastung. Ist die Zuwendung eine reine, so kommt das zugewandte Recht ohne jede weitere Einschränkung betreffs seiner Verfügung in das nehmende Vermögen. Die Zwecksatzung aber besteht darin, daß ich für ein Recht in meinem Vermögen Verfügungsregeln aufstelle, welche dem Zwecke entsprechen den ich demselben setze; augenscheinlich widerstrebt dies der Möglichkeit dasselbe Recht einem an-

dern Vermögen uneingeschränkt zuzuwenden. Eher könnte man die Zwecksatzung als Zuwendung des Rechts an den Zweck bezeichnen: das Recht kann innerhalb meines Vermögens nicht mehr in seiner alten (dem Zweck nicht-dienstbaren) Stellung verharren, und ebenso verbietet ihm derselbe Zweck, schlechthin Stück eines andern Vermögens zu werden. Doch tritt diese Zugehörigkeit zum Zwecke im Leben in sehr mannigfaltiger Gestalt auf, und so bedingt die Setzung jedes Zwecks nicht immer die definitive Lösung aus dem gewöhnlichen Vermögensverbande; nur daß die von der Zwecksetzung betroffenen Stücke, wo sie innerhalb eines gewöhnlichen Vermögens verbleiben, stets eine exceptionelle Stellung einnehmen.

Reine Zuwendungsgeschäfte und zwar einseitige sind die einfache Schenkung durch Hingabe und das einfache Leistungsversprechen, gleichviel ob letzteres credendi soluendi donandi causa und in gebundener (Stipulation, Wechsel) oder freier Form gegeben wird; zweiseitige sind einfacher Tausch und Kauf auch Darlehn, im depositum commodatum pignus aber steckt ein Zusatz von Zwecksatzung. Im depositum der größte: zugewandt wird hier sehr wenig, nur das faktische Haben, dagegen erscheint der Zweck fast allmächtig, seruandum dedi der Depositar darf damit nichts als was dem Zwecke dient, und darum überhaupt nur sehr wenig machen; „utendum dari" bezeichnet den gesetzten Zweck nicht vollständig, ich gebe Dir die Sache, daß Du sie wohlerhalten restituirest, innerhalb dieser Schranken, und welche engeren dir noch speziell gezogen sein mögen, gebrauch die Sache nach Belieben; wer die Sache pignori empfängt, hat theils mehr theils weniger Gebrauchsberechtigung, zuerst weniger, dagegen später die sehr weit greifende Verkaufsberechtigung, doch so lange wie die Sache bei dem Pfandgläubiger ist, steht sie fortwährend unter der Zwecksatzung, der Pfandgläubiger darf nie nach Willkür, sondern

nur soweit dies dem Pfandzweck entspricht, über sie schalten, auch zuletzt darf er sie nur verkaufen, nicht übrigens als Eigenthümer behandeln, die impetratio dominii erfolgt nicht sowohl aus dem Pfandkontrakt, als aus dem Eingriff der Staatsgewalt. Diese drei Kontrakte sind also zur Illustration zu benutzen, wieweit Zuwendung und Zwecksetzung einander ausschließen und doch mit einander zu verbinden sind; noch besser vielleicht die Bestellung von dos und peculium. Gewiß daß in Dotalbestellung eine Zuwendung liegt, aber die Zuwendung reicht nur bis dahin, wo die Zwecksatzung anfängt; der Empfänger der Dos erhält die Verfügung, doch innerhalb der Schranken, die der Zweck der Dos bedingt. Das peculium wird quasi patrimonium von Sohn oder Sklaven, auf den Quasidominus wird ein Theil der Verfügung über die ins peculium fallenden Rechte übertragen; aber bei dem Theil soll es denn auch sein Bewenden behalten, dieselben Rechte sollen doch immer noch als Rechte des Gewalthabers angesehen werden können, und von seinem Willen in den wichtigsten Beziehungen abhängig bleiben; die Rechte sollen eben Pekuliarrechte sein, damit ist ihnen ihr Zweck einstweilen gesetzt, und die Gewalt des Verfügers demgemäß begrenzt.

Vorher ist gesagt, daß „einfache" Schenkungs-, Versprechens-, Kaufgeschäfte ein Element der Zwecksatzung in sich nicht enthielten, weil durch Nebenbestimmungen, namentlich Termin Bedingung Modus, ein solches leicht hineingebracht werden kann. Doch involvirt keineswegs jede derartige Nebenbestimmung eine Zwecksatzung, z. B. nicht das Versprechen am 5. Januar, oder bei der Kapitulation von Belfort 500 Thaler zu zahlen. Habe ich mich aber verpflichtet, mein Haus zum nächsten Ersten zu übergeben, so ist meine Verfügungsgewalt darüber erheblich eingeschränkt, ich muß es behandeln als ein Etwas, das zur demnächstigen Uebergabe bestimmt ist, ich kann

noch das Recht daran auf einen Dritten übertragen, aber ich würde mich dadurch ebenso schuldig machen, wie der Prokurator, der Gelder, die er dem Prinzipal zu zahlen verpflichtet wäre, verbringt. Ebenso liegt in Resolutivbedingungen bei vollzogener Sachleistung, z. B. im pactum displicentiae und in der in diem addictio etwas von Zwecksatzung, das die Verfügung des Empfängers entsprechend beschränkt. Wie dies bei Auflagen der Fall sein kann, braucht nicht erst erörtert zu werden; ebenso wenig wie die Einräumung eines Vorkaufsrechts eine Zwecksatzung enthält.

Versuchen wir die wichtigsten auf Zwecksatzungen bezüglichen Sätze zusammenzubringen.

Jede Zwecksatzung ist ein Rechtsgeschäft. Allerdings ist hier gleich die umfängliche Ausnahme beizufügen, daß manche Zwecksatzungen auch aus dem gesetzgeberischen Willen hervorgehen; indessen da dieser hier doch stets nur einen Privatwillen ersetzt, so ist der Unterschied zwischen den unter die Regel und den unter die Ausnahme gehörigen Fällen wenig erheblich. Eine solche gesetzgeberische Zwecksatzung betrifft z. B. die Behandlung der hereditas iacens: was liegt, zunächst das Dasein eines Testaments vorausgesetzt, näher als die Annahme, der Testator habe gewollt, nicht blos daß durch Delation den eingesetzten Erben die Möglichkeit zum Antritt gegeben werden solle, sondern auch daß bis zu diesem Antritt die in die Erbschaft gehörigen Rechte so zu erhalten seien, daß mit dem Antritt statt bloßen leeren Scheins und Namens der substantielle Bestand des erblasserischen Vermögens erworben werde? Und wenn wir dann bei dem, der kein Testament hinterlassen, voraussetzen, daß er sein Vermögen den nächsten Verwandten zuzuwenden gewillt gewesen, was liegt auch hier wieder näher, als dieselbe Präsumption betreffs Erhaltung der Erbschaft bis zur entscheidenden Erklärung dieser Verwandten?

erhoben wird kein Stipendium verliehen. Diese Berechtigungen sind in den vorgedachten Kategorieen (A — C) nicht unterzubringen: die Verfügung haftet nicht an dem Dekan persönlich (A), sie haftet nicht an einem andern Menschen den der Dekan vertritt (B), sie haftet nicht an einer Sache zu der der Dekan im maßgebenden Verhältniß steht (C); sie haftet, sagen wir einstweilen, an dem Amte. Wir brauchen uns nicht lange umzusehen, um zu entdecken daß in derselben Lage, bei A, B, C, kein Unterkommen zu finden, gar nicht wenige faktisch bestehende Verfügungen sind. Das gewählte Beispiel aber ist darum besonders brauchbar, weil es zeigt daß auch das Amt, ebenso wie die Sache (vergl. C. III), bald Medium des Erwerbens, bald Medium des Habens ist. Das Anrecht auf die Hebungen, wenn diese zufällig im Dekanatsjahre zur Auszahlung nicht gelangt sein sollten, verbleibt der Person des Dekans auch nach Niederlegung des Dekanats, eventuell würden seine Erben nicht sein Amtsnachfolger succediren; die Stipendien aber, die in diesem Jahr nicht zur Vertheilung gekommen sind, über die ist diesem Dekan mit Ablauf des Jahres die Verfügung entzogen, dagegen gehen dieselben in die Disposition des Nachfolgers über.

Ebenso ist die fernere Aehnlichkeit unverkennbar, daß wenn etwa ein Rechtsstreit über derartige Berechtigungen ausbrechen sollte, der Kläger einmal die Zuständigkeit der Kompetenzen zu dem Amte, zweitens die Zuständigkeit des Amtes zu seiner Person zu erweisen haben würde.

Das Dasein dieser vierten Gruppe wird hiernach kaum in Zweifel gezogen werden können; desto mehr Schwierigkeiten scheint ihre Abgrenzung zu bereiten. Die Aemter sind hier nur als die zumeist in die Augen springenden Repräsentanten derselben genannt. Aber außer den Aemtern gehört ersichtlich

noch allerlei anderes „ähnliches" herein: welche sind die Kriterien der Aehnlichkeit?

Und zuvor, was ist denn Amt? Doch nicht blos eine Stellung von Staatswegen? Auch die Gemeinden haben ihre Beamten, und auch an deren Aemtern können Berechtigungen haften. Sollten Privatkorporationen Eisenbahngesellschaften oder Banken nicht gleichfalls Beamte haben? Und wenn ein Grubenbesitzer sich eine Rentkammer einsetzt, was wehrt an die damit gegründeten Aemter gleichfalls Verfügungsberechtigungen zu knüpfen? Hier könnten die Amtsberechtigungen (die wir unter D. stellen) mit den Vertretungsberechtigungen (unter B.) zusammenzulaufen scheinen; denn sollten diese Beamten unseres Grubenbesitzers nicht auch Vertreter ihres Prinzipals sein, und werden die Rechte die sie zu üben haben nicht mehr an der Person des Prinzipals zu haften scheinen? Doch keineswegs überall: der Großvater des jetzigen Besitzers von X. hat eine Stiftung gemacht, aus der alle Beamten der Rentkammer, solange sie in ihren amtlichen Stellungen verbleiben, alljährlich die erforderlichen Beträge zum Einkauf ihrer Familien in die Wittwen- und Waisen-Kasse erhalten; das Recht haftet am Amte, und wird nicht in Vertretung des Prinzipals geübt.

Soweit wir aber auch den Begriff des Amtes ausdehnen, wir kommen damit nicht aus. So gut wie dem Dekan können Hebungen auch Studirenden zustehen, entweder allen oder solchen die gewisse Bedingungen erfüllen; oder Gymnasiasten, z. B. den Ersten jeder Klasse, oder nur dem primus omnium; oder Bürger einer Stadt haben die Berechtigungen, oder Glieder einer Zunft; oder vielleicht gewisse Kranke und sonst Hülfsbedürftige. Wir gehen noch weiter und denken an die tesserae, die in Rom zur Vertheilung kamen, oder an die Rationen, die in der belagerten Festung ausgegeben werden: woran haftet denn hier die Berechtigung? an Aemtern sicher

nicht? an Stellungen, Zuständen? doch so, daß wenn zufällig Niemand in der Stellung in dem Zustand sich befindet, die Berechtigung von dem abstrakten Begriff weiter getragen und erhalten werden könnte. Was jedesfalls noch schwieriger zu denken ist, als wenn das Recht von der einstweilen herrenlosen Sache weitergetragen wird (vergl. C. III b, in normaler Entwickelung). Ueberdies nähern sich manche dieser Rechtsverhältnisse den unter A. aufgeführten in bedenklicher Weise.

Für jetzt müssen wir uns daran genügen lassen, das Dasein dieser vierten Gruppe konstatirt und ihr Wesen irgendwie anschaulich gemacht zu haben; die Grenzregulirung wird späteren Untersuchungen vorbehalten.

Bisher sind ausschließlich diejenigen Beziehungen in Betracht genommen, die Jemand zum Verfüger eines Rechts machen; es bleibt in gleicher Weise zu erforschen, was zum Genießer mache. Ohne weiteres leuchtet ein, daß alles was Verfügung gibt auch Genuß zu geben vermag, schon weil Verfügung und Genuß überall (A—D) verbunden sein können. Freilich zeigt sich ein gewisser Unterschied unter unsern Klassen: bei A, wo die Verfügung am Individuum selber haftet, wird sie regelmäßig mit dem Genuß verknüpft sein;
bei B, Vertretungsverhältnissen möchte eher die umgekehrte Regel gelten; der Vertreter wird wenigstens nicht den unbeschränkten Genuß des dem Vertretenen zuständigen Rechts haben, doch ist eine Prokuratur in rem suam bei der Ausübung von Forderungsrechten oder eines Usufrukts auch nichts Unerhörtes;
bei C, erscheint wieder der eigene Genuß vorherrschend;
wogegen bei D, schwer zu entscheiden sein wird, wohin die Mehrzahl der Fälle sich neigt.

So einleuchtend ist, daß Verfügung und Genuß nicht stets in gleichem Umfange zusammenbestehen, so schwierig wird die Untersuchung ob Jemand blos Genuß ohne alle Verfügung, und umgekehrt blos Verfügung ganz ohne Genuß zustehen kann. Für jenes möchte man sich beziehen wollen auf die Rechte, deren Genuß ausnahmslos Jedem zusteht; daß auch die Verfügung Jedem zustehen könnte, scheint undenkbar (bei den actiones populares besteht überall ein Vertretungsverhältniß, auch ist nicht „Jeder" Vertreter, nur kann „Jeder aus einem gewissen Kreise" sich dazu machen). Aber Genießer d. h. Genußberechtigter kann wirklich Jeder sein: wenn eine Kunstsammlung stiftungsmäßig dem Publikum geöffnet wird, ist Jeder der zum Publikum gehört genußberechtigt; E hat ein Legat hinterlassen, daß das Musikkorps auf offenem Markte zweimal wöchentlich die Sommermonate hindurch spiele; bei jedem öffentlich aufgerichteten Monument ist berechtigter Genießer Jeder.

Ob man befugt ist zu sagen, Verfügung könne auch ohne Genuß dasein, das hängt von dem Sinne ab, in dem das Wort „Genuß" verstanden wird. Der Kollator eines Stipendiums kann von der Verleihung durchaus keinen pekuniären Vortheil haben, aber er hat doch das Bewußtsein seinen Willen zur Geltung zu bringen, und das angenehme Gefühl Andern zu nützen. Mit gutem Fug kämpft Ihering (Geist III § 60) dawider, daß der Wille das bloße Wollen, einen Willen verwirklichenkönnen als Zweck der Rechte angenommen werde; das Wollen dient einem ferneren Zweck, es soll einen folgenden Genuß schaffen. Aber dies schließt nicht aus, daß schon das Können an sich eine gewisse Befriedigung gewähre: es ist eben mein Wille der durchdringt, daß dies der Fall schafft mir das Gefühl einer gewissen Genugthuung. Psychologische Untersuchungen des Warum wären hier nicht an der Stelle;

sens, aber Ueber der Verfügung sind diese allesammt nicht, vielmehr sind es ihre Vertreter. Nun mag sich aus praktischen Gründen nicht sonderlich empfehlen Gläubiger oder Schuldner zu Vertretern wider sich selber zu bestellen, aber undenkbar ist es sicher nicht: der Vertreter eines unheilbar Wahnsinnigen kann für seinen Kuranden erheben was er selber ihm schuldet, er kann gegen sein (des Vertreters) Grundstück die Gerechtigkeit ausüben, die dem Grundstück des Wahnsinnigen zusteht. Träger eines Rechts kann auch die Sache sein, gerade ebenso gut wie der Mensch; es erfordert dies durchaus keine menschliche Eigenschaft, nur daß das objektive Recht die Sache als Rechtsträger annehme und die Beziehungen bestimme, welche einerseits das subjektive Recht an die Sache, andererseits die Sache an den Menschen knüpfen, der Ueber dieses subjektiven Rechts sein soll. Ich muß für durchaus denkbar erklären, daß ein Eigenthümer die seinem einen Grundstück zuständige Servitut ausüben lasse wider das andere, oder auch sie durch Nichtausübung oder durch Willensakt aufhebe. — Wer einen Schuldschein wider sich selber in der Hand hat, wird freilich die Ausübung unterlassen müssen, während er das für den Wahnsinnigen von sich erhobene Geld beiseitlegen oder im Interesse seines Kuranden anlegen könnte. Aber erlischt damit die Bedeutung des Scheines? Dies wäre nur der Fall, wenn jedes Recht kontinuirlich eines Verfügers bedürftig wäre. Die Bedeutung des Scheines liegt darin, daß die Verfügung über das fragliche Recht ihm angebunden ist, um geübt zu werden von denen, die in dieser und jener Beziehung zum Schein stehen. Wäre der Schein derelinquirt, so stünde Niemand zu ihm in dieser Beziehung, folglich wäre einstweilen Niemand befugt dies Recht zu üben; was aber, wie wir gesehen, den Bestand des Rechts nicht gefährdet, so lange nur die Möglichkeit bleibt, daß doch wieder Jemand zu dem Scheine in die für die Rechtsübung

erforderlichen Beziehungen treten könne. Und wenn der Schein in die Hand des Schuldners kommt, so ist es nicht anders: der Schein gibt die Rechtsübung dann nicht Niemand, sondern Jemand der sie nicht üben kann; die Rechtsübung selber also ist ausgeschlossen für den Augenblick, wie im vorigen Fall. Aber der jetzige Inhaber kann auch den Schein weitergeben, es kann wieder ein Uebungsfähiger in die fraglichen Beziehungen eintreten; kurzum wieder nur vorübergehende, keine definitive Verfügerlosigkeit des Rechts, und darum auch kein Grund, dasselbe für erloschen zu erklären. — Auch die Hypothek oder Grundschuldenforderung des Eigenthümers ist zum mindesten als ein, wenn auch ruhendes, doch bestehendes und zukünftiger Uebung vorbehaltenes Recht anzunehmen. Aber wir müssen hier wol noch einen Schritt weiter vorgehen, und auch die Ausübungsmöglichkeit in Händen des Eigenthümers anerkennen. Iura in re kann der Eigenthümer an seiner Sache darum nicht haben, weil alle Befugnisse, die sie verleihen könnten, ihm schon aus dem Eigenthum zustehen: gäbe ein ius in re eine Befugniß, die im Eigenthum nicht mitenthalten wäre, so müßte rationeller Weise dies ius in re auch dem Eigenthümer zustehen können. Die Hypothek oder Grundschuldenforderung aber hat in der That etwas vor dem Eigenthum voraus: denn bei dem Verkauf des belasteten Grundstücks gibt das Eigenthum kein Recht, den Grundgläubigern irgend einen Theil des Erlöses vorweg zu nehmen, der Eigenthümer als solcher erhält nur den nach der Befriedigung aller Grundgläubiger verbleibenden Rest; die eigene Hypothek oder Grundschuldenforderung aber würde dem Eigenthümer das Recht geben, auch an dem auf die Grundschuldendeckung zu verwendenden Theil des Erlöses zu partizipiren, und je nach dem Lokus seiner Forderung mehren oder wenigeren der andern Grundgläubiger dabei vorzugehen.

So entschieden hiernach die Möglichkeit von Rechten zu behaupten ist, bei welchen der Gedanke der Haftung an der Sache mit völliger Konsequenz durchgeführt ist, also Uebung des Rechts nur durch den, welcher zur Zeit zu der Sache in bestimmtem Verhältnisse steht, und wenn zur Zeit Niemand oder ein Uebungsunfähiger in diesem Verhältnisse stünde, Fortdauer des von der Sache allein getragenen Rechts, so ist gleichwol einzuräumen, daß diese volle Konsequenz oft nicht gewahrt wird. Für durchaus konsequente Gebilde würde ich halten Inhaberpapiere, bei welchen, wie bei unsern Zinskupons und Talons jetzt gewöhnlich, eine Mortifikation (Amortisation) nicht stattfindet. Aus wessen Händen der Schein gekommen, der hat von dem daran haftenden Rechte nichts mehr, während andererseits der herrenlos gewordene oder in die Hand des Ausstellers gelangte Schein darum von seiner Wirksamkeit nichts einbüßt.

Aber bei vielen, insbesondere verzinslichen Inhaberpapieren ist die Zulässigkeit einer Mortifikation allgemein angenommen. Sollten wir hier die Gewährung neuer Scheine seitens des Ausstellers als den Akt einer reinen aber doch vielleicht klug berechneten Liberalität betrachten? ähnlich etwa wie die wissentliche Bezahlung falscher Noten seitens einer Bank; denn der direkte Schaden bleibt doch voraussichtlich geringer als der Gewinn aus der Kreditsteigerung. Wo aber hinsichts der Mortifikation im voraus Bestimmungen getroffen sind, wird doch ein Recht des Verlierers auf neue Scheine nicht wohl in Abrede gestellt werden können. Der Verlierer muß also nach dem Verlust des Scheins, sei es daß dieser untergegangen oder nur abhanden gekommen, noch ein Recht haben, und er kann dies Recht aus dem gegenwärtigen Verhältniß zum Schein nicht herleiten. Also muß aus dem früheren Verhältniß zum Schein dies Recht hervorgegangen sein, und jetzt unabhängig

von dem Schein an der Person des früheren Scheinhabers und jetzigen Vertreters selber haften. Aber der Schein, falls er nur noch existirt, hat doch seine Wirksamkeit auch noch nicht ganz verloren, und falls er nur vor der vollendeten Mortifikation in geeignete Hände kommt, so geht der gegenwärtige Scheininhaber dem früheren jetzt persönlich Berechtigten vor. Wir müssen danach dem Schein zwei verschiedene Funktionen zuschreiben: die eine Wirkung quillt aus dem Haben, die andere aus dem Erwerbe; die Wirkung aus dem Haben ist die stärkere, die im Konflikte vorgeht; ist aber Niemand, auch der frühere Erwerber nicht in der Lage das Recht aus dem Haben zu behaupten, so wirkt das Recht aus dem Erwerbe immerhin soviel, daß daraus die Aushändigung neuer Scheine nach Mortifikation der alten zu fordern ist.

Einer andern Eigenthümlichkeit begegnen wir bei den Eisenbahnbillets. Nach den meisten Statuten ist ein Reisender, der sein Billet nicht mehr vorzeigen kann, auch wenn er es früher schon vorgezeigt hätte, von der Weiterfahrt auszuschließen. Die Bahnbillets würden hiernach zu den strengen Inhaberpapieren zu stellen sein, bei denen nur das Haben berechtigt (oben b.). Behält solch ein Billet seine Kraft, wenn es aus den Händen des Berechtigten kommt? E stiehlt dem D ein Billet zweiter Klasse Köln-Berlin, nachdem beide das erste Mal ihre Billets vorgezeigt haben; E fährt selber nur bis Minden und verkauft hier das gestohlene Billet für die Strecke Minden-Berlin an den völlig gutgläubigen B. Gesetzt daß dieser Thatbestand erwiesen wäre, ist B. berechtigt die Beförderung von Minden nach Berlin zu beanspruchen? Die Frage ist unabhängig von dem weiteren Verhalten des D., ob dieser in Minden geblieben oder ein neues Billet genommen, zu entscheiden? Sind Eisenbahnbillets überhaupt negotiable Papiere, oder geben sie nur dem ersten Erwerber ein Recht? Oder sollte

zwischen verschiedenen Arten der Billets vielleicht zu unterscheiden sein: ob sie auf eine durchgehende Fahrt, oder vielmehr so ausgegeben sind, daß es bei dem Erwerber steht, binnen gewisser Zeit jeden Zug zu benutzen, und unterwegs nach Belieben Halt zu machen? — Die Spezialerörterung dieser und anderer einschlägiger Fragen würde hier zu weit führen, es genügt uns der Hinweis auf die Mannigfaltigkeit der möglichen Bildungen. Und als möglich wird sicher zugegeben werden müssen: daß ein Schein nur dem Ersten, der zu ihm in ein gewisses Verhältniß tritt, ein Recht verleiht; daß das Recht fortwährend an den Schein gebunden bleibt, und mit dem Schein auch diesem Ersten wieder verloren gehen würde, also nach der Trennung des Scheins von dem ersten Erwerber der Erwerber rechtlos, und der Schein wirkungslos wären.

Wenn nach alledem a. und b. nur eben als Grundtypen zu betrachten sind, deren konkrete Ausprägung in mannigfaltiger Weise geschehen kann, so wird die praktische Bedeutung des Gegensatzes dadurch doch nicht aufgehoben. Die Divergenz der Folgen, ob das Recht an der Sache haften bleibt oder von der Sache auf die Person übertragen wird, ist so groß, daß man meinen könnte es werde überall klar sein, auf welche Seite ein im Leben auftauchender Fall gehöre. Vielleicht aber trägt die mangelhafte Entwickelung unserer Theorie, insbesondere das Fehlen aller technischen Namen zur Bezeichnung der verschiedenen Stellungen der Sache zum Recht, Schuld daran daß auch die Praxis nicht selten im Dunkeln zu tappen scheint.

Ein Beispiel aus neuester Zeit. Das Preußische Gesetz vom 21. 5. 1861, betreffend die anderweitige Regelung der Grundsteuer, hatte im § 5 „die Gewährung einer Entschädigung für die Aufhebung der Grundsteuerbefreiungen und Bevorzugungen" festgesetzt, welche durch das Entschädigungsgesetz von demselben Datum speziell geordnet wird. Ich übergehe

die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes, aus denen das Berliner Obertribunal (Striethorst, Arch. Bd. 77 S. 256) aber mit schlagender Evidenz die rechtliche Natur dieses Entschädigungsanspruchs, als einer persönlichen Forderung desjenigen Gutsbesitzers nachweist, welcher genöthigt wurde dem Staate sein bisheriges Recht oder den bisher genossenen Vortheil zum Opfer zu bringen, m. a. W. desjenigen der bei Einführung der neuen Grundsteuer am 1. Januar 1865 Eigenthümer war. Die schuldige Entschädigung konnte aus gewissen Gründen nicht gleich gezahlt werden, und erst unter dem 17. März 1867 erging die betreffende Anweisung des Preußischen Finanzministers, nach welcher die Legitimation der Entschädigungsberechten als gegenwärtiger Eigenthümer zu führen und namentlich dann als geführt zu erachten, wenn der Besitztitel im Hypothekenbuch für dieselben berichtigt wäre. Der Minister hat sich hiermit einer Verwechslung schuldig gemacht: während das Eigenthum am Grundstück nach dem Gesetz nichts sein sollte als Medium des Erwerbs einer persönlichen Forderung, der sich mit dem 1. Jan. 1865 vollzog, behandelt er dasselbe Eigenthum als Medium des Habens Behaltens und folgeweise der Geltendmachung dieser Forderung, er schreibt einen Legitimationsmodus vor, der nach Umständen den Berechtigten unzugänglich, den Unberechtigten aber zugänglich ist. Natürliche Folge, daß mehrfach die Entschädigungssumme von Unberechtigten erhoben worden, die Berechtigten aber zur Prozeßanstellung sich gezwungen gesehen haben. Gemeinrechtlich kann kein Zweifel darüber sein, daß diese Prozesse wider den Schuldner der an einen Nichtgläubiger gezahlt und an den Gläubiger nicht gezahlt hatte, d. h. wider den Fiskus anzustrengen gewesen wären, und diesem demnächst freigestanden hätte sein Glück mit einer condictio indebiti wider den Nichtgläubiger, an den er gezahlt, zu versuchen. Das Preußische Obertribunal hat anders ent-

schieben und die Klage des Staatsgläubigers, der die Entschädigung nicht erhalten, wider den Nichtgläubiger, der sie erhalten, für begründet erklärt, unter Bezugnahme auf § 10 § 30 I 16 A. L. R., welche aber die Abweichung vom gemeinen Recht doch kaum zu entschuldigen scheinen:

§ 10 Ueberhaupt aber werden alle Verbindlichkeiten durch deren Erfüllung aufgehoben.

§ 30 Nur dem Gläubiger, oder demjenigen welchem das Recht desselben oder dessen Ausübung übertragen ist, kann gültig gezahlt werden.

War das Finanzministerium vielleicht befugt die Rechte eines Staatsgläubigers, oder auch nur die Ausübung dieser Rechte auf Dritte zu übertragen?

IV. Verschiedenheiten der Stellung des Verfügers zur Sache. Auch diese können groß sein. Bisweilen ist Eigenthum erforderlich: der Erwerb des Sklaven fällt regelmäßig dem Herrn zu, die condictio furtiua soll nur der dominus der gestohlenen Sache anstrengen können. Die a. furti dagegen gibt schon das bloße rechtliche Interesse an der Sache („f. a. ei competit cuius interest rem saluam esse"), die cautio domini infecti hat neben dem Eigenthümer zu fordern der gutgläubige Besitzer der Emphyteut Superfiziar Nutznießer Pfandgläubiger. Die am Inhaberpapier haftenden Rechte hat eben der Inhaber, dagegen entscheidet bei Hypothekenfolien der auf denselben eingetragene Name.

Es ist schon vorhin bemerkt, daß im Falle des Rechtsstreits wer das ihm aus einer Sache zur Verfügung stehende Recht behauptet, einmal die Zuständigkeit des Rechts zur Sache und zweitens das Verhältniß zu beweisen hat, in dem die Sache zu ihm selber steht. Darauf brauchten wir hier nicht zurückzukommen, wenn nicht diese Behauptung, freilich von einem andern Gesichtspunkte her, in sehr scheinbarer Weise bestritten

wäre. Jhering (in dies. Jahrb. IX. 46 f., vergl. Geist III. 65 f.) führt aus, daß das Erforderniß des Eigenthums bei der a. l. Aquiliae und bei der cond. furt. nur den Sinn gehabt hätte, dem Beklagten die Möglichkeit zu eröffnen, durch den Nachweis, daß die Sache nicht dem Kläger sondern einem Andern gehöre, sich der Klage zu entziehen; desgleichen hätte Beklagter bei der a. furti sich durch den Nachweis helfen können, daß Kläger die Sache gestohlen und darum selber kein Interesse daran habe (cf. fr. 12 § 1 de furtis 47, 2). Bei der cond. furt. und bei der a. l. Aquiliae aber soll von dem Kläger zu beweisen sein nur der Besitz, und dieser Beweis bis auf weiteres die Präsumption des Eigenthums geben. — Damit ist nun allerdings zugegeben, daß Kläger überhaupt ein Verhältniß zur Sache zu beweisen habe, und es könnte für uns gleichgültig erscheinen, ob der Eigenthumsbeweis vom Kläger vollständig oder nur bis auf die Besitzesposition durchzuführen, und von da ab durch Präsumption zu ergänzen wäre; indessen führt die Jheringsche Ansicht doch zu andern praktischen Resultaten als unsere Auffassung, die Arbeit wird gemehrt, es genügte nicht das Eine Wissen „dies Verhältniß zur Sache ist maßgebend und fällt darum in den Beweis des Klägers und in den Gegenbeweis des Beklagten“, sondern doppelte Grenzlinien wären zu ziehen, die einen für den Beweis des Klägers die andern für den Gegenbeweis des Beklagten. Ueberdies steckt ein so gesunder Kern in dem angeregten Zweifel, daß ich mir das nähere Eingehen nicht versagen kann.

Ohne weitere Aufzählung ist zu behaupten, daß wir hier mit einer sehr ansehnlichen Schaar von Fällen zu thun haben, die allesammt ausnahmslos an unsere Gegner herantreten und eine Entscheidung erfordern: soll hier das erforderte Verhältniß zur Sache ganz? oder nur zu einem Theile? und zwar zu welchem? bewiesen werden. Z. B. bei der a. furti: wenn

Kläger sein Interesse nicht zu beweisen hat, was hat er dann zu beweisen? überhaupt gar kein Verhältniß zur Sache? so daß Jeder als Kläger auftreten könnte, der eben nur das furtum factum zu beweisen vermöchte? — Ich meine schon diese Reflexion werde genügen, um darzuthun daß allemal ein Beweis des Verhältnisses zur Sache zu erfordern ist, und daß vielemal dieser Beweis kein anderer als der des maßgebenden Verhältnisses in seiner Totalität sein kann. Mag es einige Fälle geben, wo zunächst ein Geringeres zu beweisen, und der Rest durch Präsumption zu erfüllen ist. Uebrigens werden wir wohl thun Römisches und heutiges Recht auseinanderzuhalten.

Die Pandektenjuristen kannten als Regel nur unförmlichen Beweis, und wie frei die Römischen Richter damit umgegangen, das erfahren wir z. B. von Gellius (N. A. XIV 2). Bei einem solchen prozessualischen Verfahren konnte auch das Erforderniß des Eigenthums bei der mutui datio und bei dem legatum per uindicationem und bei den Rechtsgeschäften des Sklaven keine irgendwie erheblichen Schwierigkeiten machen. Der Richter sieht sich seine Leute an, er erwägt die ganze Lage der Sache; dann kommen die einzelnen Punkte, was in sein Gesammtbild paßt, das nimmt er bald an, soll er ja doch auch dem Wortlaute der Formel gemäß nur nach dem was ihm scheint, nicht nach dem was ist entscheiden. So finden die Pandektenjuristen in all den Sätzen nichts Bedenkliches, wogegen Justinian (c. 14 § 1 de contr. stip. 8, 38) allerdings zur Nachhülfe durch Präsumptionsverordnungen sich gedrängt fühlen mochte. Desgleichen würden bei dem gemeinen Prozesse diese Römischen Vorschriften oft unbequem geworden sein, wenn man es damit allezeit recht strenge genommen hätte. — In dem praktischen Resultat würde ich also vielleicht noch über Ihering hinausgreifen, daß mit der strengen Beweistheorie nicht auszukommen ist bei Rechtssätzen die im

Hinblick auf die freie Theorie entwickelt sind; wogegen ich seiner historischen Entwickelung betreffs der Einführung eines Einwands in der Ipso-iure-Form nicht beipflichten kann. —

Noch ist zur Vermittelung des Zusammenhangs von Recht und Verfüger überhaupt zu bemerken, daß, ähnlich wie bisweilen die Verfügung von einem Vertreter auf einen Aftervertreter u. s. w. übertragen wird, auch mehre Sachen hintereinander als vermittelnde Medien wirksam werden können. Die Hypothekenforderung haftet zunächst am Folium, und steht dann gewöhnlich von hieraus demjenigen zu, der auf dem Folium eingetragen steht; wo aber, wie dies jetzt vielorts beabsichtigt ist, über die Grundschulden Inhaberpapiere ausgegeben werden, da kommen die Forderungen aus dem Buch zunächst an den Schein, und erst von diesem an die Person des Berechtigten. Etwas anders bei zinsbaren Inhaberpapieren: gewöhnlich haftet an dem Kapitalschuldscheine nicht die Forderung der Zinszahlung, sondern nur die auf Aushändigung der Kupons, oft auch nur auf Aushändigung des Talons, aus diesem das Recht auf Kupons, und aus den Kupons das Recht auf Zinszahlung. — Auch kann es vorkommen, daß die Vermittelung durch Menschen und durch Sachen bewirkt wird: mein Recht aus dem Grundstück kann ich durch Vertreter üben lassen; und der Anwalt, der die Partei im Prozeß zu vertreten hätte, kann zum einzelnen Termin ein Blankett auf das Gericht schicken, das jedem seiner Kollegen die Befugniß zur Aftervertretung auf diesem Termin zu verleihen vermag.

D. Die Verfügung haftet an einem Amte oder Aehnlichem. Die mangelhafte Fassung dieser Rubrik ist ersichtlich; wir haben uns zunächst über die Sache selbst zu verständigen. Auf der Universität zu N. hat der Dekan der juristischen Fakultät gewisse Hebungen, er hat außerdem die Verleihung einiger Stipendien, wenn er nicht will wird nichts

erhoben wird kein Stipendium verliehen. Diese Berechtigungen sind in den vorgedachten Kategorieen (A — C) nicht unterzubringen: die Verfügung haftet nicht an dem Dekan persönlich (A), sie haftet nicht an einem andern Menschen den der Dekan vertritt (B), sie haftet nicht an einer Sache zu der der Dekan im maßgebenden Verhältniß steht (C); sie haftet, sagen wir einstweilen, an dem Amte. Wir brauchen uns nicht lange umzusehen, um zu entdecken daß in derselben Lage, bei A, B, C, kein Unterkommen zu finden, gar nicht wenige faktisch bestehende Verfügungen sind. Das gewählte Beispiel aber ist darum besonders brauchbar, weil es zeigt daß auch das Amt, ebenso wie die Sache (vergl. C. III), bald Medium des Erwerbens, bald Medium des Habens ist. Das Anrecht auf die Hebungen, wenn diese zufällig im Dekanatsjahre zur Auszahlung nicht gelangt sein sollten, verbleibt der Person des Dekans auch nach Niederlegung des Dekanats, eventuell würden seine Erben nicht sein Amtsnachfolger succediren; die Stipendien aber, die in diesem Jahr nicht zur Vertheilung gekommen sind, über die ist diesem Dekan mit Ablauf des Jahres die Verfügung entzogen, dagegen gehen dieselben in die Disposition des Nachfolgers über.

Ebenso ist die fernere Aehnlichkeit unverkennbar, daß wenn etwa ein Rechtsstreit über derartige Berechtigungen ausbrechen sollte, der Kläger einmal die Zuständigkeit der Kompetenzen zu dem Amte, zweitens die Zuständigkeit des Amtes zu seiner Person zu erweisen haben würde.

Das Dasein dieser vierten Gruppe wird hiernach kaum in Zweifel gezogen werden können; desto mehr Schwierigkeiten scheint ihre Abgrenzung zu bereiten. Die Aemter sind hier nur als die zumeist in die Augen springenden Repräsentanten derselben genannt. Aber außer den Aemtern gehört ersichtlich

noch allerlei anderes „ähnliches" herein: welche sind die Kriterien der Aehnlichkeit?

Und zuvor, was ist denn Amt? Doch nicht blos eine Stellung von Staatswegen? Auch die Gemeinden haben ihre Beamten, und auch an deren Aemtern können Berechtigungen haften. Sollten Privatkorporationen Eisenbahngesellschaften oder Banken nicht gleichfalls Beamte haben? Und wenn ein Grubenbesitzer sich eine Rentkammer einsetzt, was wehrt an die damit gegründeten Aemter gleichfalls Verfügungsberechtigungen zu knüpfen? Hier könnten die Amtsberechtigungen (die wir unter D. stellen) mit den Vertretungsberechtigungen (unter B.) zusammenzulaufen scheinen; denn sollten diese Beamten unseres Grubenbesitzers nicht auch Vertreter ihres Prinzipals sein, und werden die Rechte die sie zu üben haben nicht mehr an der Person des Prinzipals zu haften scheinen? Doch keineswegs überall: der Großvater des jetzigen Besitzers von X. hat eine Stiftung gemacht, aus der alle Beamten der Rentkammer, solange sie in ihren amtlichen Stellungen verbleiben, alljährlich die erforderlichen Beträge zum Einkauf ihrer Familien in die Wittwen- und Waisen-Kasse erhalten; das Recht haftet am Amte, und wird nicht in Vertretung des Prinzipals geübt.

Soweit wir aber auch den Begriff des Amtes ausdehnen, wir kommen damit nicht aus. So gut wie dem Dekan können Hebungen auch Studirenden zustehen, entweder allen oder solchen die gewisse Bedingungen erfüllen; oder Gymnasiasten, z. B. den Ersten jeder Klasse, oder nur dem primus omnium; oder Bürger einer Stadt haben die Berechtigungen, oder Glieder einer Zunft; oder vielleicht gewisse Kranke und sonst Hülfsbedürftige. Wir gehen noch weiter und denken an die tesserae, die in Rom zur Vertheilung kamen, oder an die Rationen, die in der belagerten Festung ausgegeben werden: woran haftet denn hier die Berechtigung? an Aemtern sicher

nicht? an Stellungen, Zuständen? doch so, daß wenn zufällig Niemand in der Stellung in dem Zustand sich befindet, die Berechtigung von dem abstrakten Begriff weiter getragen und erhalten werden könnte. Was jedesfalls noch schwieriger zu denken ist, als wenn das Recht von der einstweilen herrenlosen Sache weitergetragen wird (vergl. C. III b, in normaler Entwickelung). Ueberdies nähern sich manche dieser Rechtsverhältnisse den unter A. aufgeführten in bedenklicher Weise.

Für jetzt müssen wir uns daran genügen lassen, das Dasein dieser vierten Gruppe konstatirt und ihr Wesen irgendwie anschaulich gemacht zu haben; die Grenzregulirung wird späteren Untersuchungen vorbehalten.

Bisher sind ausschließlich diejenigen Beziehungen in Betracht genommen, die Jemand zum Verfüger eines Rechts machen; es bleibt in gleicher Weise zu erforschen, was zum Genießer mache. Ohne weiteres leuchtet ein, daß alles was Verfügung gibt auch Genuß zu geben vermag, schon weil Verfügung und Genuß überall (A — D) verbunden sein können. Freilich zeigt sich ein gewisser Unterschied unter unsern Klassen:
bei A, wo die Verfügung am Individuum selber haftet, wird sie regelmäßig mit dem Genuß verknüpft sein;
bei B, Vertretungsverhältnissen möchte eher die umgekehrte Regel gelten; der Vertreter wird wenigstens nicht den unbeschränkten Genuß des dem Vertretenen zuständigen Rechts haben, doch ist eine Prokuratur in rem suam bei der Ausübung von Forderungsrechten oder eines Usufrukts auch nichts Unerhörtes;
bei C, erscheint wieder der eigene Genuß vorherrschend;
wogegen bei D, schwer zu entscheiden sein wird, wohin die Mehrzahl der Fälle sich neigt.

So einleuchtend ist, daß Verfügung und Genuß nicht stets in gleichem Umfange zusammenbestehen, so schwierig wird die Untersuchung ob Jemand blos Genuß ohne alle Verfügung, und umgekehrt blos Verfügung ganz ohne Genuß zustehen kann. Für jenes möchte man sich beziehen wollen auf die Rechte, deren Genuß ausnahmslos Jedem zusteht; daß auch die Verfügung Jedem zustehen könnte, scheint undenkbar (bei den actiones populares besteht überall ein Vertretungsverhältniß, auch ist nicht „Jeder" Vertreter, nur kann „Jeder aus einem gewissen Kreise" sich dazu machen). Aber Genießer d. h. Genußberechtigter kann wirklich Jeder sein: wenn eine Kunstsammlung stiftungsmäßig dem Publikum geöffnet wird, ist Jeder der zum Publikum gehört genußberechtigt; E hat ein Legat hinterlassen, daß das Musikkorps auf offenem Markte zweimal wöchentlich die Sommermonate hindurch spiele; bei jedem öffentlich aufgerichteten Monument ist berechtigter Genießer Jeder.

Ob man befugt ist zu sagen, Verfügung könne auch ohne Genuß dasein, das hängt von dem Sinne ab, in dem das Wort „Genuß" verstanden wird. Der Kollator eines Stipendiums kann von der Verleihung durchaus keinen pekuniären Vortheil haben, aber er hat doch das Bewußtsein seinen Willen zur Geltung zu bringen, und das angenehme Gefühl Andern zu nützen. Mit gutem Fug kämpft Jhering (Geist III § 60) dawider, daß der Wille das bloße Wollen, einen Willen verwirklichenkönnen als Zweck der Rechte angenommen werde; das Wollen dient einem ferneren Zweck, es soll einen folgenden Genuß schaffen. Aber dies schließt nicht aus, daß schon das Können an sich eine gewisse Befriedigung gewähre: es ist eben mein Wille der durchdringt, daß dies der Fall schafft mir das Gefühl einer gewissen Genugthuung. Psychologische Untersuchungen des Warum wären hier nicht an der Stelle;

der Mensch ist nun einmal so geschaffen. Dieser Genuß, der einfach aus der Durchführung des eigenen Willens fließt, ist von der Verfügung unter keinen Umständen abzulösen. Ferner wird bei allen Rechten von etwas größerer Tragweite auch ein gewisser indirekter Vortheil aus der Verfügung fast unausbleiblich erscheinen. Um den Kollator werden die Stipendiensucher sich bemühen und ihm nach Kräften gefällig sein; ob und was ihm das nützt, was er selber darauf gibt, das hängt von den Umständen ab, ist er gerade Professor, so darf er schon auf einige fleißige Zuhörer mehr rechnen. Und wenn ich die Verwaltung eines größeren Stiftungskapitals hätte, ohne alle Emolumente für mich, aber mit freier Verfügung, welche Hypotheken ich beleihen, welche Staatspapiere und Prioritäten ich kaufen will, sollte es dann schwer fallen in der ehrlichsten Weise und unter Einhaltung aller stiftungsmäßigen Regeln der Verwaltung, einen ganz anständigen Lebensunterhalt sich zu verdienen?

§. 4.

Das Auseinanderfallen von Verfügung und Genuß verdient noch genauer in Betracht gezogen zu werden. Offenbar ist dies kein einfaches und ursprüngliches Verhältniß, denn das nächstliegende ist überall, daß wer die Verfügung hat auch den Genuß sich selber zuwendet. Das ist hier ausgeschlossen, die Verfügung ist in gewisse Schranken gebannt; die Schranken aber müssen irgend ein Mal gezogen sein und irgend einem Wollen ihre Entstehung verdanken. Ausnahmslos bei jeder beschränkten Verfügung haben wir mit zwei von einander unterschiedenen Willen zu thun, mit dem des Verfügers selber, und dem desjenigen der die Schranken gesetzt hat.

Eine Theorie dieser beschränkenden Dispositionen ist bisher

noch nicht recht zur Entwickelung gediehen. Die Beschränkung beruht wie gesagt allemal auf einem Wollen, für den Augenblick wo die Verfügung genutzt werden soll richtiger auf einem Gewollthaben, das rechtlich geschützt wird. Der gewollt hat, ist der Regel nach ein Anderer als der Verfüger, dem die Uebung des Rechts jetzt obliegt; z. B. bei gekürten Vertretern der Vertretene, bei Stiftungen der oder die Stifter. Undenkbar wäre freilich nicht, daß Jemand eine Stiftung gemacht und damit sich selber die Hände gebunden, so daß er die Verwaltung der Stiftungskapitalien zwar selber noch, aber nach den mit der Stiftung gesetzten Regeln zu führen hätte. Die der Verfügung gezogenen Schranken würden hier auf dem eigenen Gewollthaben beruhen. Dieselbe Beschränkung kann aber auch vom Recht gegeben sein; so existiren feste Regeln für die Verwaltung der Vormundschaften und anderen Kuratelen; es gibt gesetzliche Veräußerungsverbote u. s. w. Ueberall tritt hier das Recht, mag es nun seinen Ausdruck in Gesetz oder in Gewohnheit gefunden haben, an die Stelle der Betheiligten und will statt ihrer; nicht was sie wirklich wollen oder gewollt haben kommt in Betracht, sondern nur was sie gewollt haben würden, wenn sie im Sinne der Urheber des Rechts korrekt gedacht hätten. Man könnte derartige Rechtssätze materielle Fiktionen nennen; die Rechtsfolgen sind eben dieselben, wie wenn die Betheiligten wirklich gewollt hätten, aber die Form der Fiktion zu wählen lag kein Grund vor. Zweifellos richtig, daß „alle Beschränkungen der Verfügung auf einem Gewollthaben beruhen"; ob man dann fortzufahren hat „einem Gewollthaben entweder früherer Verfüger desselben Rechts oder der rechtbildenden Staatsorgane?" oder besser „einem wirklichen oder supponirten Gewollthaben der früheren Verfüger?" das mag füglich ungeprüft bleiben.

Wir bedürfen eines Namens für den Inhalt der Rechts-

geschäfte, der auf diese Beschränkungen der Verfügung hinausläuft. Ich will den Ausdruck „Zwecksatzung" benutzen, der auch von Andern schon, wenngleich nicht ebenso definirt, doch ähnlich gebraucht ist. Kann sein daß ein anderer schärfer bezeichnender zu finden wäre, dieser behält den Vorzug schon einigermaßen bekannt zu sein, und ist auch nicht ganz unzutreffend. Denn wie die Rechtsübung nicht ohne Zweck zu geschehen pflegt, so geschieht eine dauernde Beschränkung der Uebung und Bewegung des Verfügers erst recht nicht ohne Zweck: der Uebung des Rechts wird ein Zweck gesetzt, und damit jede nicht zu dem Zweck sondern daran vorüberführende Art der Uebung ausgeschlossen.

Die Zwecksatzungen nehmen ersichtlich einen großen Theil des Gebiets der Rechtsgeschäfte ein, neben den Zuwendungen den größten. Die Begriffe der Zuwendung und der Zwecksetzung bilden einen Gegensatz, doch so daß bei Einem Rechtsgeschäft Zuwendungs- und Zwecksatzungswillen sehr wohl zusammengehen können; — wie eine Sache theils schwarz theils weiß, und daneben noch theils gemischt weiß und schwarz, d. h. grau sein könnte. Die Zuwendung bewirkt eine Substanzminderung des einen und Substanzmehrung des andern Vermögens: durch Uebertragung eines Stücks (Eigenthum durch Tradition, Forderung durch Cession u. s. w.) in das andere; oder durch Konstituirung eines Rechts (Forderung, Grundschuld, ius in re aliena) des einen wider das andere; oder durch Aufhebung einer solchen Belastung. Ist die Zuwendung eine reine, so kommt das zugewandte Recht ohne jede weitere Einschränkung betreffs seiner Verfügung in das nehmende Vermögen. Die Zwecksatzung aber besteht darin, daß ich für ein Recht in meinem Vermögen Verfügungsregeln aufstelle, welche dem Zwecke entsprechen den ich demselben setze; augenscheinlich widerstrebt dies der Möglichkeit dasselbe Recht einem an-

dern Vermögen uneingeschränkt zuzuwenden. Eher könnte man die Zwecksatzung als Zuwendung des Rechts an den Zweck bezeichnen: das Recht kann innerhalb meines Vermögens nicht mehr in seiner alten (dem Zweck nicht-dienstbaren) Stellung verharren, und ebenso verbietet ihm derselbe Zweck, schlechthin Stück eines andern Vermögens zu werden. Doch tritt diese Zugehörigkeit zum Zwecke im Leben in sehr mannigfaltiger Gestalt auf, und so bedingt die Setzung jedes Zwecks nicht immer die definitive Lösung aus dem gewöhnlichen Vermögensverbande; nur daß die von der Zwecksetzung betroffenen Stücke, wo sie innerhalb eines gewöhnlichen Vermögens verbleiben, stets eine exceptionelle Stellung einnehmen.

Reine Zuwendungsgeschäfte und zwar einseitige sind die einfache Schenkung durch Hingabe und das einfache Leistungsversprechen, gleichviel ob letzteres credendi soluendi donandi causa und in gebundener (Stipulation, Wechsel) oder freier Form gegeben wird; zweiseitige sind einfacher Tausch und Kauf auch Darlehn, im depositum commodatum pignus aber steckt ein Zusatz von Zwecksatzung. Im depositum der größte: zugewandt wird hier sehr wenig, nur das faktische Haben, dagegen erscheint der Zweck fast allmächtig, seruandum dedi der Depositar darf damit nichts als was dem Zwecke dient, und darum überhaupt nur sehr wenig machen; „utendum dari“ bezeichnet den gesetzten Zweck nicht vollständig, ich gebe Dir die Sache, daß Du sie wohlerhalten restituirest, innerhalb dieser Schranken, und welche engeren dir noch speziell gezogen sein mögen, gebrauch die Sache nach Belieben; wer die Sache pignori empfängt, hat theils mehr theils weniger Gebrauchsberechtigung, zuerst weniger, dagegen später die sehr weit greifende Verkaufsberechtigung, doch so lange wie die Sache bei dem Pfandgläubiger ist, steht sie fortwährend unter der Zwecksatzung, der Pfandgläubiger darf nie nach Willkür, sondern

nur soweit dies dem Pfandzweck entspricht, über sie schalten, auch zuletzt darf er sie nur verkaufen, nicht übrigens als Eigenthümer behandeln, die impetratio dominii erfolgt nicht sowohl aus dem Pfandkontrakt, als aus dem Eingriff der Staatsgewalt. Diese drei Kontrakte sind also zur Illustration zu benutzen, wieweit Zuwendung und Zwecksetzung einander ausschließen und doch mit einander zu verbinden sind; noch besser vielleicht die Bestellung von dos und peculium. Gewiß daß in Dotalbestellung eine Zuwendung liegt, aber die Zuwendung reicht nur bis dahin, wo die Zwecksatzung anfängt; der Empfänger der Dos erhält die Verfügung, doch innerhalb der Schranken, die der Zweck der Dos bedingt. Das peculium wird quasi patrimonium von Sohn oder Sklaven, auf den Quasidominus wird ein Theil der Verfügung über die ins peculium fallenden Rechte übertragen; aber bei dem Theil soll es denn auch sein Bewenden behalten, dieselben Rechte sollen doch immer noch als Rechte des Gewalthabers angesehen werden können, und von seinem Willen in den wichtigsten Beziehungen abhängig bleiben; die Rechte sollen eben Pekuliarrechte sein, damit ist ihnen ihr Zweck einstweilen gesetzt, und die Gewalt des Verfügers demgemäß begrenzt.

Vorher ist gesagt, daß „einfache" Schenkungs-, Versprechens-, Kaufgeschäfte ein Element der Zwecksatzung in sich nicht enthielten, weil durch Nebenbestimmungen, namentlich Termin Bedingung Modus, ein solches leicht hineingebracht werden kann. Doch involvirt keineswegs jede derartige Nebenbestimmung eine Zwecksatzung, z. B. nicht das Versprechen am 5. Januar, oder bei der Kapitulation von Belfort 500 Thaler zu zahlen. Habe ich mich aber verpflichtet, mein Haus zum nächsten Ersten zu übergeben, so ist meine Verfügungsgewalt darüber erheblich eingeschränkt, ich muß es behandeln als ein Etwas, das zur demnächstigen Uebergabe bestimmt ist, ich kann

noch das Recht daran auf einen Dritten übertragen, aber ich würde mich dadurch ebenso schuldig machen, wie der Prokurator, der Gelder, die er dem Prinzipal zu zahlen verpflichtet wäre, verbringt. Ebenso liegt in Resolutivbedingungen bei vollzogener Sachleistung, z. B. im **pactum displicentiae** und in der **in diem addictio** etwas von Zwecksatzung, das die Verfügung des Empfängers entsprechend beschränkt. Wie dies bei Auflagen der Fall sein kann, braucht nicht erst erörtert zu werden; ebenso wenig wie die Einräumung eines Vorkaufsrechts eine Zwecksatzung enthält.

Versuchen wir die wichtigsten auf Zwecksatzungen bezüglichen Sätze zusammenzubringen.

Jede Zwecksatzung ist ein Rechtsgeschäft. Allerdings ist hier gleich die umfängliche Ausnahme beizufügen, daß manche Zwecksatzungen auch aus dem gesetzgeberischen Willen hervorgehen; indessen da dieser hier doch stets nur einen Privatwillen ersetzt, so ist der Unterschied zwischen den unter die Regel und den unter die Ausnahme gehörigen Fällen wenig erheblich. Eine solche gesetzgeberische Zwecksatzung betrifft z. B. die Behandlung der **hereditas iacens**: was liegt, zunächst das Dasein eines Testaments vorausgesetzt, näher als die Annahme, der Testator habe gewollt, nicht blos daß durch Delation den eingesetzten Erben die Möglichkeit zum Antritt gegeben werden solle, sondern auch daß bis zu diesem Antritt die in die Erbschaft gehörigen Rechte so zu erhalten seien, daß mit dem Antritt statt bloßen leeren Scheins und Namens der substantielle Bestand des erblasserischen Vermögens erworben werde? Und wenn wir dann bei dem, der kein Testament hinterlassen, voraussetzen, daß er sein Vermögen den nächsten Verwandten zuzuwenden gewillt gewesen, was liegt auch hier wieder näher, als dieselbe Präsumption betreffs Erhaltung der Erbschaft bis zur entscheidenden Erklärung dieser Verwandten?

Die zwecksetzenden Rechtsgeschäfte können unter Lebenden und auf den Todesfall stattfinden, einseitige auch unter Lebenden, z. B. Errichtung einer Familienstiftung nach A. Pr. L. R. II 4 § 28), oder zweiseitige (Erbvertrag, Sozietät, Gründung einer Aktiengesellschaft) sein.

Der zwecksetzende Wille kann detaillirt ausgeführt, und dabei bald der Zweck des Geschäfts, bald die resultirenden Beschränkungen der Verfüger genauer dargelegt, oder, wie bei depositum commodatum pignus, nur eben angedeutet und aus dem Namen des geschlossenen Geschäfts zu entnehmen sein.

Die Zwecksatzung bezieht sich rechtsverbindlich nur auf solche Rechte, die sich in der (relativ, je nach dem Inhalt der Zwecksatzung) freien Verfügung des Zwecksetzers befinden. Oft hat eine milde Stiftung mit einem kleinen Kerne begonnen, und für ihr später sehr ausgedehntes Vermögen die Statuten beibehalten die der erste Geber verordnet hatte; aber hier beruht die durchgängige alle Stücke des großen Vermögens betreffende Geltung des Statuts auch keineswegs blos auf dem zwecksetzenden Willen des ersten Gebers, sondern daneben auf den Zwecksatzungen auch aller übrigen Geber, die alle gewollt haben, daß ihre Gaben unter den von dem Ersten bestimmten Statuten stehen sollten. Wir nehmen also ein Zusammenfließen der verschiedenen zwecksetzenden Willen wahr, die hier je einer nach dem andern eintreten. Sie hätten aber auch gleichzeitig eintreten und von vornherein einer mit dem andern sich verbinden können (Erbvertrag, Sozietät), wo denn auch jedeiner nur für den entsprechenden Beitrag als Grund der Bindung an den Zweck anzunehmen wäre.

Die Zwecksatzung kann sein revokabel oder irrevokabel, doch handelt es sich hierbei nicht um den Unterschied zweier einander direkt entgegengesetzter Verhältnisse, sondern um eine fast unzählbare Reihe von Stufen. Der vollendeten Revokabilität

begegnen wir beim precarium, dem nahe steht das peculium, bei dessen Einziehung aber doch schon Rücksicht auf die Peku- liargläubigen zu nehmen ist. In ähnlicher Lage wie das peculium befindet sich der Einschuß des einzelnen socius nach Römischem Recht, und ungefähr auch der des offenen Gesell- schafters und der des Kommanditisten bei Gesellschaften auf unbestimmte Dauer nach dem deutschen Handelsgesetzbuch (A. 123, 6, A. 124, A. 170). Schwieriger wird die Revokation bei Gesellschaften von bestimmter Dauer innerhalb dieser Zeit (A. 123, 4, A. 125), doch tritt hier selbstredend die Endigung mit Ablauf der Zeit ein, falls nicht vorher die Fortsetzung der Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist (A. 123, 5). Wiederum beschränkter ist die Revokation bei der Aktiengesellschaft der weder eine bestimmte Zeit, noch sonst ein die Beendigung innerhalb absehbarer Zeit bedingendes Ziel (Bau eines Stadtquartiers, vollständige Ausnutzung eines berg- männischen Unternehmens, Rhederei mit einzelnen Schiffen, Veranstaltung einer Ausstellung u. s. w.) gesetzt ist; erfordert wird, Ausnahmen beiseit, ein Beschluß der Aktionäre (A. 242, 2). Noch schwieriger aber wird die Revokation beim Erbvertrage, bis zum Tode des andern Kontrahenten nur mit dessen Ein- willigung, nachher gar nicht. — Absolut unaufhebbare Zweck- satzungen existiren sowenig wie andere ebenso unveränderliche Rechtsverhältnisse: die res sacra kann profanirt werden, öffent- liche Denkmäler kommen in Privatbesitz, das zu Festungswer- ken benutzte Terrain ist neuerdings gar nicht selten zu Bau- plätzen umgeschaffen, auch Landstraßen, Häfen, Aquädukte kön- nen ihre Bedeutung verlieren und privatrechtsfähig werden. Als irrevokabel mögen wir all die Zwecksatzungen gelten lassen, deren Aufhebung einstweilen der Privatwillkür entzogen ist. Nicht selten werden früher irrevokable Satzungen durch die neuere Gesetzgebung zu revokabeln umgeschaffen, aber wieder

mit Unterschied, so daß die Revokation allezeit (Allodifikation durch Einwilligung aller Agnaten), oder nur unter besonderen Bedingungen (wenn die Stiftung auf vier Augen steht) zu ermöglichen wäre. — Daß die Wiederaufhebung auch gleich mit der Zwecksatzung gegeben, das Zweckverhältniß von vornherein nur auf einen beschränkten Zeitraum veranlagt sein kann, mag kaum dieser besonderen Bemerkung würdig scheinen.

Auch das ist bereits hervorgehoben, daß die Zwecksatzung sich mit einer Zuwendung verbinden kann. Das Zweckverhältniß kann beginnen gegenüber der Person des Zwecksetzenden selber, gegenüber dem Erben desselben, gegenüber dem Singularsuccessor. Diesem Unterschied scheint eine sonderliche Bedeutung nicht zuzukommen, das Zweckverhältniß kann dem einen gegenüber gerade so gestaltet sein, wie gegenüber den andern. Dagegen werden andere Unterschiede, die aus der Natur des Zweckes sich ergeben, gewichtiger erscheinen.

Man könnte negative und positive Zwecksatzungen einander gegenüberstellen: jene fordern zur Erfüllung ihres Zweckes blos ein Nichtthun, „locum ne liceat humano iuri eximere“ (c. 9 de pact. int. e. et u. 4, 54), „mancipium ne prostituatur“, „ne ad libertatem producatur“ (c. 5 si manc. ita f. al. 4, 57); diesen ist ohne daß etwas geschehen nicht genug zu thun, Freilassung des Sklaven, Errichtung des Monuments, Erteilung des Stipendiums. Bei den positiven macht sich ein weiterer Unterschied geltend: die Vornahme der erforderlichen Handlungen kann bald demjenigen überlassen bleiben, in dessen Vermögen das an den Zweck gebundene Recht fällt, so bei der Manumission, bei der Errichtung des Monuments im legirten Garten, Einräumung der Dachwohnung im geschenkten Hause an die bedürftige Familie; bald muß dem Zweck zu seiner Verwirklichung ein besonderer Apparat geschaffen werden, ich kann kein Waisenhaus kein Kunstinstitut

gründen ohne Direktion, keine Aktiengesellschaft ohne Vorstand. Zudem können Organe zur Kontrollirung der dem Zweck dienenden Apparate erforderlich werden, umsomehr je weniger der Apparatdienst denjenigen die damit betraut sind einbringt. Solche Kontrollorgane werden auch bei den negativen Zwecksatzungen zuweilen unentbehrlich.

In einigem Zusammenhange hiemit steht ein anderer Unterschied von noch größerer Tragweite. Die Verschiedenheit der gesetzten Zwecke kann maßgebend sein auch für die Rechtsverhältnisse der an den Zweck gebundenen Rechte. Es war gesagt, daß diese Rechte in ganz gleichen Verhältnissen gegenüberstehen könnten dem Zwecksetzer dem Erben und dem Singularsuccessor desselben. Und zwar sind folgende Verhältnisse möglich:

a. Die Rechte gehören schlechthin zu dem Vermögen der betreffenden Person;

b. sie gehören zu dem Vermögen aber nicht schlechthin, sondern nehmen eine exceptionelle Stellung ein;

c. sie gehören überhaupt nicht mehr zu dem Vermögen desselben.

Zur Erläuterung scheint eine Vorbemerkung erforderlich, deren Kern ausfürlicherer Begründung bedürftig sein möchte als ihm hier zu geben ist. Vorher wurde die Obligation bezeichnet als ein Recht, deren Objekt die Person des Schuldners sei; indem ich dies aufrecht erhalte, kann ich doch nicht leugnen, daß im Lauf der Zeiten der Begriff der Obligation erheblichen Wandelungen unterlegen hat. Zum besten entspricht unserer Definition die altrömische Obligation, deren Verwirklichung mittels Manusinjektion geschah. Allmählich kehrt sich die exekutive Gewaltäußerung immer weniger wider die Person des Schuldners, immer mehr wider das Vermögen desselben. Wenn die Gläubiger nach dem erblosen Versterben des Schuldners nicht rechtlos werden, vielmehr befugt sind aus dem nachgelassenen Vermögen ihre Befriedigung zu holen, so

kommt man nicht mehr um die auch durch andere Momente unterstützte Annahme hinum, daß das Vermögen zum mindesten ein zweites accessorisches Objekt[4]) der Schuldforderungen sei. Hört die Exekution wider die Person des Schuldners ganz auf, so könnte es leicht zum prinzipalen, wenn nicht gar alleinigen Objekt der Obligationen heranwachsen. Aber schon für das neuere Römische, und folglich auch für das gemeine Recht, sind wir voll berechtigt, jede Obligation als Recht (auch) an dem Vermögen des Schuldners zu betrachten.

Wir kehren zurück zu a: die dem Zweck unterworfenen Rechte gehören schlechthin zum Vermögen der Person; mit andern Worten alle Obligationen wider die Person wirken in Beziehung auf diese Rechte unterschiedslos ebenso wie auf alle andern in das Vermögen derselben Person gehörenden Rechte, die dem Zweck dienstbaren Vermögensstücke haben des Zwecks wegen keine Schulden für sich und theilen trotz dem Zwecke alle Schulden der übrigen. Dies trifft vollständig zu bei den Sklaven die ich nicht prostituiren, bei dem Grundstücke das ich nicht außer Verkehr setzen darf, auch bei dem Erbschmuck den ich in seiner alten Fassung lassen muß.

Zu b: der besondere Zweck bedingt die Möglichkeit besonderer Schuldverhältnisse, ohne daß doch die Rechte aus dem Konnex mit den allgemeinen Schuldverhältnissen des Vermögens völlig gelöst wären. Welche zwingende Gewalt über die Rechtsverhältnisse die Zwecksatzung zu üben vermag, zeigt vielleicht am klarsten das Alienationsverbot: konsequent, auch s. g.

4) Wider Mißverständniß: Vermögen ist ein Komplex von Rechten, Rechte können aber nicht selber Objekt von Rechten sein, nennen wir also das Vermögen Objekt einer Obligation, so meinen wir in Wirklichkeit, daß die Objekte der in das Vermögen gehörigen Rechte Objekte auch dieser Obligation werden, was anders wol nicht ebenso kurz auszudrücken wäre.

nothwendigen Veräußerungen gegenüber, aufrecht erhalten scheidet dies die davon betroffenen Rechte beinahe gänzlich aus der Vermögensgemeinschaft, nur mit den Erträgen nicht mit der Substanz können sie zur Deckung der Schulden des Gesammtvermögens herangezogen werden. — Soll das peculium sein ein quasi patrimonium, so müssen auch die Schulden des quasi dominus dasselbe irgend wie berühren; es ist bei dem peculium serui selbstverständlich, bei den peculium filiifamilias bedingt durch die eigenthümliche Römische Entwicklung der patria potestas, daß dies nur mittels einer actio wider den Gewalthaber zu erreichen war. Die Schulden des Sklaven oder Haussohns auch auf andere extrapekuliare Stücke des gewalthaberischen Vermögens zu übertragen lag kein Grund vor, ebensowenig die Schulden dieses Gesammtvermögens auf die Pekulienstücke, die der Gewalthaber doch keineswegs definitiv veräußert haben wollte, nicht mitzuerstrecken. Also hat ein Pekulium wol seine Schulden für sich, partizipirt aber nichtsdestoweniger auch an den Schulden der Gesammtheit: es gehört zu dem Vermögen, in dem es eine exceptionelle Stellung einnimmt. Daß aber das Pekulium zu Handelszwecken, die merx peculiaris, deren Kreditbedürftigkeit einer besondern Bevorzugung des Gewalthabers als Gläubiger widerstrebt, wiederum eigene von denen des gemeinen Pekuliums unterschiedene Rechtsverhältnisse bekommt, erscheint auch wieder nur als einfache Konsequenz aus der maßgebenden Zwecksatzung. Beide aber mögen uns zugleich daran erinnern, daß das einfache Konsequente von Menschen auch erst gefunden werden muß, wir brauchen Zeit um uns klar zu werden schon darüber, was denn eigentlich wir wollen, ferner was aus diesem Wollen weiter folgt. Erst das prätorische Recht ist mit einer dauerhaften Gestaltung dieser Verhältnisse zu Stande gekommen; es kann nicht überraschen, wenn wir anderswo Zwecksatzungen noch ohne

ihre einfach natürlichen Konsequenzen begegnen sollten. — Die angetretene Erbschaft erscheint so lange das beneficium inuentarii und das Separationsrecht der Gläubiger in Kraft bleiben, gleichfalls als ein solches Separatstück des Erbenvermögens. — Dos und donatio propter nuptias hätten zweifellos auch zu einem Separatstück des Vermögens des Ehemanns, und wenn man den Zweck energisch urgiren wollte wol gar zu einem selbständigen Zweckvermögen ausgebildet werden können. Praktische Rücksichten, daß das Auseinanderhalten der beiden Vermögensmassen unbequem werden, die Entwicklung verschiedener Rechtsverhältnisse der nicht aus einander gehaltenen Massen zu Zweifeln über Zweifel führen könnte, scheinen dem entgegengewirkt zu haben; nur der fundus dotalis erhält sein eigen Recht, übrigens sucht man den Zweck indirekt zu sichern, z. B. durch die Berechtigung der Frau unter besonderen Umständen noch bei bestehender Ehe die Auszahlung der Dos zu verlangen, und durch das Verbot der Rückzahlung unter anderen. — Der Zweck bedingt besondere Rechtsverhältnisse des in Handelsgeschäften angelegten Vermögens. Bei gesellschaftlichem Betriebe, ich denke zunächst an die offenen Gesellschaften, bleibt dasselbe im Verbande der Vermögen der Geschäftsinhaber, ohne daß über die Anerkennung seiner Absonderlichkeit nach dem deutschen Handelsgesetzbuch Zweifel bleiben könnte. Derselbe Zweck fordert dieselben Konsequenzen auch beim Handelsvermögen des Einzelkaufmanns, man sträubt sich noch dawider, wol zumeist aus Erwägungen ähnlich denen, welche die Römer abgehalten haben, die Dos zum Separatvermögen zu machen. — Erläuternde Beispiele werden weiter nicht erforderlich sein, zumal alle zu b. gehörigen Erscheinungen nichts anderes sind als Mittelgebilde, die zwischen der Gruppe a. und c. stehen.

Zu c. Hier ist die Entwickelung der Rechtsverhältnisse

aus dem Inhalt der Zwecksatzung fast noch einfacher. Wenn die Zinsen und überhaupt Erträge einer Summe ausschließlich und andauernd verwendet werden sollen zum Besten gewisser Wittwen Waisen Kranken Armen, so kann über dieselbe Summe nicht irgend ein Einzelner nach Belieben schalten dürfen; auch muß es den Gläubigern irgend welches Einzelnen verwehrt sein, schließlich auch diese Summe zur Befriedigung ihrer Ansprüche wider denselben Einzelnen heranzuziehen. Der Zweck bedingt Freiheit von allen am Einzelvermögen haftenden Lasten, mit andern Worten durchgreifende Ausscheidung und Trennung vom Vermögen des Individuums. Zugleich aber fordern viele Zwecke, daß solche abgeschiedene und für sich selbständig zu erhaltende Vermögen, eigene Schulden haben. Den Waisen Kranken Armen würde ich mit den disponibeln Summen allein oft wenig nützen können, der größte Werth von dem was ich habe besteht regelmäßig darin, daß ich es umsetzen kann in das was ich brauche, daß ich für das Geld erwerbe Häuser sammt ihrer Einrichtung, Essen und Trinken, Kleidung Pflege Unterricht u. s. w. u. s. w. Und wenn dieser Umsatz erfolgen könnte immer erst nach geschehener Baarzahlung, so wäre die Durchführung der Zwecksatzungen erschwert offenbar im allerhöchsten Grade. Zwecksatzungen können des Kredits ebenso bedürftig sein wie die einzelnen Menschen, und um Kredit zu haben, müssen sie auch Schulden haben können, es muß den Kreditgebern die rechtliche Möglichkeit eröffnet sein, ihre Befriedigung aus den dem Zwecke dienstbaren Stücken zu erzwingen. Die Freiheit gegenüber allen Schulden, deren Kontrahirung mit der Erfüllung des Zwecks in keinem inneren Zusammenhange steht, und die Unfreiheit gegenüber denjenigen, die zur Erfüllung des Zweckes kontrahirt werden, können beide zur Erreichung des gesetzten Ziels gleich unentbehrlich sein, sie ergänzen sich gegenseitig und ergeben das Resultat, daß der-

jenige Komplex von Rechten, der dem Zwecke ausschließlich und andauernd zu dienen bestimmt ist, zusammengeschlossen werden muß zu einem Vermögen, und als solches denselben Rechtsregeln zu unterstellen ist wie ein Personalvermögen. Und augenscheinlich macht es hiebei keinen Unterschied, ob der Zweck das Interesse im Auge hat von dritten, die selber zu dem zur Erreichung desselben nothwendigen Material nichts beisteuern, und auch bei der Herstellung der Zwecksatzung nicht betheiligt gewesen sind, oder ob der Zweck wiederum gleichsam sich zurückwendet auf die, welche ihn setzen und zur Ausführung beitragen. Sollen Staats- Kirchen- Gemeinde- Korporations- Aktiengesellschaft-Zwecke die Leistungsfähigkeit von Werthstücken ganz in Anspruch nehmen, so müssen diese aus jedem andern Vermögensverbande völlig ausgelöst, und zu selbständigen Vermögen für sich umgeschaffen werden.

Was b. und c. unterscheidet, ist zumeist die Energie des zwecksetzenden Willens. Das Pekulium soll sein quasi patrimonium des Abhängigen, aber es soll darum doch nicht aufhören zu sein patrimonium des Gewalthabers; wer als Kaufmann eine Handlung aufthut, der will diesen Fonds verwenden allerdings zu Handelszwecken, aber er will die Einkünfte keineswegs alle wieder in das Geschäft stecken, der Unterhalt für sich und seine Familie soll daraus entnommen werden, auch behält er sich vor, den Fonds ganz oder getheilt wieder zurückzuziehen und zu anderen Zwecken zu verwenden. Das Stiftungskapital aber soll nur der Stiftung dienen, und selbst bei der Aktiengesellschaft soll der Fonds zunächst dem Zweck ganz dienen; ergibt sich dabei ein Ueberschuß, so wird dieser, aber auch nur dieser vertheilt; auch die partielle Zurückziehung des Kapitals ist an ähnliche Bedingungen wie die Aufhebung des Unternehmens geknüpft. Der Gedanke, dem Zweck die Alleinherrschaft zu geben, führt zum selbständigen Zweckver-

mögen, soll der Zweck nur als Mitherrscher eintreten, so bekommen wir ein unselbständiges Zweckvermögen, ein Zweckvermögen im Personalvermögen.

Irrevokabilität der Zwecksatzung und Selbständigkeit des Zweckvermögens gehen nicht immer zusammen: so ist z. B. das Vermögen der Aktiengesellschaft selbständig aber revokabel; Lehen Familienstiftungen und dergleichen können irrevokabel zugleich aber doch beschränkt unselbständig sein, indem sie wenigstens mit ihren Erträgen, vielleicht auch mit einem Bruchtheil ihrer Substanz von den Allodialgläubigern in Anspruch zu nehmen sind.

Eines eigenen Verwaltungsapparats bedürfen meist nur die selbständigen Zweckvermögen, während der Kontrollirungsapparat auch bei unselbständigen erforderlich sein kann. Ob alle selbständigen Zweckvermögen des eigenen Verwaltungsapparats bedürftig sind, wird in § 6 zu erörtern sein.

§. 5.

Die Früchte, die Konsequenzen entscheiden über den Werth einer Theorie. Bei den juristischen Personen und bei den res extra commercium, die wir gleichmäßig unter den Zwecksatzungsgedanken stellen, hat bekanntlich die Frage nach der Staatsgenehmigung, womit die Frage der Inkompetenz der Gerichte und der Kompetenz der Administrationsbehörden im nächsten Zusammenhange steht, unserer Jurisprudenz, der praktischen wie der theoretischen, besonders viel zu schaffen gemacht. Um zu finden, was dafür aus unserm Zwecksatzungsbegriffe sich ergibt, wird es gerathen sein nochmals den Gegensatz der Zwecksatzung und der Zuwendung ins Auge zu fassen.

Bei der Zuwendung gibt der Eine von sich was dem Andern zukommt. Was dieser Andere bekommt, das kann sein

eben das selber was der Geber bisher gehabt und jetzt aufgegeben hat, so bei Tradition Cession; es kann aber auch sein etwas anderes als was jener gehabt hat, so bei der Konstituirung einer Forderung oder eines ius in re aliena, oder bei der Aufhebung derselben Rechte. Aber trotz diesem Wechsel der Substanz bleibt doch das Volumen der Rechtsmasse, die Quantität der Verfügung, die auf der einen Seite ab- auf der andern Seite zugethan wird, unverändert dieselbe. Ebenso unverändert bleibt die Art der Verfügung, hinsichts der Freiheit oder Unfreiheit des maßgebenden Wollens. Der Empfänger disponirt über das Empfangene ebenso frei wie vor der Zuwendung der Geber über das Zugebende. Wer selber freie Verfügung hat und gibt dem Andern beschränkte, der wendet nicht zu, oder wendet eben nur soviel zu als innerhalb der Schranken liegt. Wenn der Eigenthümer jemand Detention oder ein ius in re aliena gibt, Prekaristen Kommodatare Usufruktuare u. s. w. bestellt, so liegen in dem allen wol Zuwendungen, aber nicht Eigenthumszuwendungen, sondern Zuwendungen nur von je soviel, wie Prekarist Kommodatar Usufruktuar u. s. w. in die eigene freie Verfügung erhält. Im Uebrigen mischt sich der Zuwendung irgend ein anderes Rechtsgeschäft, namentlich eine Zwecksatzung bei. Beispielsweise: ich hinterlasse meinem Erben ein Kapital von 20,000 Thlr., und verpflichte ihn davon jährlich 500 Thaler zu wohlthätigen Zwecken zu verausgaben; genau besehen ist dies keine Zuwendung von 20,000 Thlr., sondern Zwecksatzung für das Kapital das 500 Thlr. jährlicher Zinsen ergibt, und Zuwendung nur für den Rest. Und auch wo nicht dasselbe Recht übergeht, ist bei der Zuwendung die Freiheit der Verfügung gleich auf seiten des Gebers und des Nehmers: wen ich mir durch Zuwenduug zum Gläubiger konstituire, der kann frei schalten über die Forderung; und wem ich die Forderung erlassen habe, der hat ebenso

freie Disposition über den gewonnenen Vermögensvortheil. Es bleibt dabei: der charakteristische Erfolg der Zuwendung ist der Personenwechsel betreffs der Verfügung.

Die Zwecksatzung ist spezifisch unterschieden hiervon, man könnte sie als Artenwechsel der Verfügung bezeichnen. Auch der Zwecksetzer gibt etwas aus seiner Verfügung, wenigstens aus seiner freien lebendigen Verfügung; behält er es nachher überhaupt noch in der Verfügung, so ist doch die Verfügung fortab eine gebundene, sie steht unter dem gesetzten Zweck. Maßgebend an erster Stelle für die Verfügung ist nicht mehr „was Einer will“, sondern „was Einer gewollt hat“; das starre Gewollthaben hat an Stelle des beweglichen Wollens die Direktion der Verfügung übernommen. Jede Zwecksatzung bedingt eine Einschränkung des Gebiets des freien Willens, und zwar nicht blos hinsichts des Zwecksetzers selber, sondern für Alle; das Gebiet, das der freie menschliche Wille überhaupt beherrscht, wird eingeengt. Es ist ein Stück daraus entnommen und unterthan gemacht worden dem, was Ein Mensch Einmal gewollt hat. Die praktisch ökonomische Bedeutung der Veränderung ist handgreiflich. Das lebendige Wollen kann sich umgestalten in jedem Augenblick, das Gewollthaben verfolgt allezeit unwandelbar ein und dasselbe Ziel. Darin liegt der Nutzen, aber auch die Gefahr der Zwecksatzung. Ist das Ziel ein richtig gewähltes, so muß man sich freuen daß die Erreichung desselben unabhängig gestellt ist von den Störungen aus menschlichem Wankelmuth oder Leichtsinn. Bin ich in der Lage für die Bedürftigen jährlich 1000 Thaler verausgaben zu können, und ich thue das Jahr aus Jahr ein frei ungebunden weil ich will, sehr schön; aber ich kann mir doch nicht verhehlen, für die Bedürftigen wäre es noch schöner, wenn ich ihr Bekommen unabhängig machte von meinem gegenwärtigen Wollen, wenn ich ihre Lage für alle Zeit sicherte durch ein einmaliges

Gewollthaben; denn wenn ich selber auch dabei bleibe bis an mein selig Ende, meine Erben werden schwerlich erfüllt sein von demselben Wohlthätigkeitsdrang, und wer weiß ob ich selber dabei bleibe, oder geizig werde, heirathe, mein Geld verspekulire. Doch das Ziel kann auch sein ein falsch gewähltes; oder die Zeiten ändern sich, was einst richtig gewählt gewesen, hat im Lauf der Jahre Werth und Bedeutung verloren.

Warum sind die Zwecksatzungen zu Rechtsgeschäften erhoben und des Staatsschutzes theilhaftig gemacht? Derartige Fragen sind bekanntlich selten ausreichend zu beantworten; nichtsdestoweniger kann es nützlich sein sich damit zu befassen, schon um falschen Antworten zu wehren, die sich eindrängen und auch die Praxis bedrohen. Eine solche falsche Antwort steht hier nicht fern: der Staat habe bei Zuwendungen und Zwecksatzungen denselben Grund zur Gewährung seines Schutzes, beide seien Aeußerungen des Willens der Individuen. Noch blüht der Kultus dieses Individualwillens, desto erfreulich daß auch der Widerspruch[5]) sich schon geregt hat.

Ich bestreite, daß der Individualwillen als solcher Anspruch auf Rechtsschutz hat, auch daß er den Schutz in Wirklichkeit findet. Geschützt wird nur derjenige Individualwillen, der dem Staatswillen konform ist; wonach es von vornherein kaum fraglich bleibt, daß der Grund des Willensschutzes in dieser Konformität zu suchen ist. Zweifellos wird nicht geschützt der in Delikte oder überhaupt staatswidrige Erfolge, contra ius oder contra bonos mores, sich verlaufende Einzelwille. Doch könnte das auch eben nur eine Ausnahme sein; und für die Regel die bliebe, pflegt zumeist auf die rechtliche Behandlung des Besitzes bezug genommen zu werden. Aber

5) Vergl. vornehmlich Ihering Geist III § 60, auch Jahrb. f. Dogm. IX 27 f.

daß der Besitzschutz auf diese Gedanken doch nicht zurückzuführen ist, hat schon Jhering (vergl. N. 5) schon plausibel gemacht: auch wird der Besitz keineswegs überall geschützt, nur gewisse Arten der Störung sind verpönt, und diese aus nahe liegenden Gründen. Denken wir uns die Verbote beseitigt, so könnte wer heute aus dem Besitz gesetzt ist, morgen darangehen, wiederum den zu entsetzen, von dem er selber verdrängt worden; das bellum omnium contra omnes wäre in Permanenz erklärt. Nicht weil der Besitz heilig, richtet sich die staatliche Reaktion wider die Störung; sondern weil die Störung an und für sich staatswidrig ist, findet der Besitz den Staatsschutz.

Auch bei den Zuwendungen wird nicht der Individualwillen an sich geschützt. Das eigentlich bewegende Element bei ihnen ist der Wille des Zuwenders; doch kann dieser wollen und seinen Willen allen Betheiligten vernehmlich erklären, der Staat rührt sich nicht das gewollte zu schützen, sein einseitiges Wollen und Erklären des Willens findet in den allermeisten Fällen gar keine Beachtung. Erst wenn die Acceptation des Oblaten hinzutritt wird daraus ein Rechtsgeschäft. Nur (von den wenig bedeutenden andern Ausnahmen abzusehen) der auf den Todesfall erklärte Wille bekommt größere Selbständigkeit; darohne wäre die Wirksamkeit letzter Willen auf enges Gebiet beschränkt, und auch so wirken sie nur ähnlich Offerten[6]), sie können von dem, der gewollt hat, jederzeit zurückgezogen werden und bedürfen der Regel nach auch noch des hinzutretenden Wollens des Empfängers um volles Rechtsschutzes theilhaftig zu werden. — Betreffs der Zuwendungen inter uiuos aber ist zu bedenken, einmal daß dieselben innerhalb jedes nur leidlich entwickelten Volkskreises geradezu unentbehrlich sind; es führt bald zu völlig unerträglichen Zuständen, wenn Jeder darauf

6) Vergl. Köppen Erbr. 257 f.

verwiesen wäre zu behalten was er hat, Verkehr und Umsatz müssen aber auch geregelt werden, kollidirende Interessen sind unvermeidlich, und diese Kollisionen müssen in einer nicht staatswidrigen Weise zum Austrag gebracht werden können. Gerichte und Recht also müssen den Verkehr und namentlich die Zuwendungen schützen. Dabei wird das allezeit die Hauptfrage sein, wann der Erwerber eine Zuwendung als vollendet zu betrachten hat, wann er befugt ist das ihm Zukommende als festes Stück des eigenen Vermögens zu betrachten und demgemäß darüber selber zu disponiren. Nicht schon mit der Zusage des Andern; aber wenn ich mein Einverständniß, die Annahme meinerseits, d. h. daß ich das Zugewandte als meiner Verfügung untergeben betrachten werde, dem Zuwender ohne störenden Zwischenfall erklärt habe, dann muß ich billig jedem Zweifel über das meum esse, meum factum esse überhoben sein. Fast scheint schwer zu sagen, was überhaupt weiteres noch erfordert werden könnte, und doch ist es eine alte vermuthlich nie ganz zu beseitigende Kontroverse, wann die Zuwendung mit dem bloßen erklärten Wollen der Betheiligten als vollende anzunehmen, und wann Formen und andere Zuthaten zu erfordern seien. Aber auch wo der einfache Konsensus ausreicht, wird das Recht nicht durch den Respekt vor dem Individualwillen, sondern vielmehr durch die Erwägung bestimmt, welche Gestaltung unentbehrlicher und mit Nothwendigkeit von Staatswegen zu regelnder Geschäfte der Erhaltung des inneren Friedens und der gedeihlichen Entwickelung des Zusammenlebens der Staatsbürger die förderlichste sei.

Wenn wir den Satz, daß der Staat die Aeußerungen des Individualwillens zu schützen habe, nicht an und für sich, sondern je nach der Stellung, welche dieselben zu seinen eigenen (Staats-) Zwecken einnehmen, anwenden auf die Zwecksatzungen, so gewinnen wir nicht etwa neue und überraschende

Resultate; im Gegentheil, ein Ueberblick der Geschichte zeigt daß im großen und ganzen der Staat meist also sich verhalten hat, wie hiernach von ihm zu verlangen wäre. Der Staat unterscheidet eben, und behandelt nicht alle Zwecksatzungen gleich. Dazu mag allgemein bemerkt werden, daß ein Grund für vorzugsweise Berücksichtigung der Zwecksatzungen auch aus der Lehre von der Souveränität des Individualwillens nicht hergeleitet werden könnte: bei den Zuwendungen haben wir regelmäßig nur mit, ich möchte sagen, Willenskonsonanzen zu thun, der Zuwendende will, desgleichen der dem zugewandt wird, andere Betheiligte kommen gewöhnlich nicht in Frage; anders bei den Zwecksatzungen. Was unter dem Zweck steht, bleibt dem Gewollthaben des Zwecksetzers unterworfen, es ist soweit dieses gilt jedem andern Willen entzogen; bei der Zuwendung gibt, bei der Zwecksatzung nimmt nicht gerade aber vorenthält doch der Verfügende Dritten, und es ist durchaus nicht anzunehmen, daß die Willensregungen dieser Dritten damit allemal harmoniren sollten.

Uebrigens unterscheidet der Staat; von Bedeutung sind hier namentlich die § 4 a, b, c. aufgeführten Differenzen. Ist die Zwecksatzung der Art (a), daß sie die Verhältnisse der Zweckrechte zum Vermögen unverändert läßt, so hat der Staat regelmäßig keinen Grund davon Notiz zu nehmen; es sind dies innere Angelegenheiten des Privatherrschaftsgebiets des Individualwillens, von dem der Staat seine Einwirkung wohlweislich fern zu halten pflegt. Nur wenn die Dispositionen direkt verstießen wider was der Staat überall zu schützen berufen ist, contra ius oder contra bonos mores, da wäre Veranlassung zum Einschreiten gegeben; z. B. bei Verträgen wider Forst- und Jagdschutz-Gesetze, wider die gesetzliche Wasserablaufsregelung, ut mancipium prostituatur, daß Menschen oder

Vieh unnütz gequält, Akte vorgenommen werden die öffentliches Aergerniß geben müssen.

Die Zwecksatzungen zu b. haben schon mehr Interesse für die Staatsgewalt. Rechte werden aus den Privatvermögen nicht völlig herausgenommen, aber doch in eine absonderliche Stellung innerhalb derselben verwiesen. Damit ändern sich die Befugnisse der Gläubiger eines solchen Privatvermögens in Beziehung auf diese Rechte, die Befugnisse werden theils gemehrt theils gemindert, der Vortheil der Einen gereicht den Andern zum Nachtheil. Die Zulassung der Gläubiger des Pekuliums, noch mehr die weitere Zulassung der Gläubiger der merx peculiaris, kann die Aussicht der Gläubiger des Gewalthabers auf volle Befriedigung stören; die Berechtigung der Lehn-Fideikommiß- u. s. w. Gläubiger und die der Allodialgläubiger beschränken sich wechselweis; ebenso die der Handelsgläubiger und der Privatgläubiger des Kaufmanns. Dies sind nicht mehr innere Angelegenheiten des Privatsouveränitätsgebiets, denn die Interessen Dritter, die um ihre Einwilligung niemals befragt werden, werden kräftig ins Mitleiden gezogen. Die Gemeinschaft muß darüber allgemein verbindliche Regeln aufstellen, ob durch Gewohnheit ob durch Gesetz gleichviel, schon damit der Einzelne der in derartige Verhältnisse eintritt mit Sicherheit wisse was ihm bevorsteht, und danach sich verhalten könne. In wieweit eben gerathen sei, durch Zwecksatzungen gebundene besondere Abschnitte eines Vermögens, Zweckvermögen im Personalvermögen anzuerkennen, das kann allgemein nicht festgestellt werden, beispielsweise wie das Heirathsgut der Frau, oder das Handelsgut des Kaufmanns zu halten sei.

Auf die Tragweite mancher relativ unscheinbarer Zwecksatzungen ist schon vorhin gewiesen, namentlich der der Veräußerungsverbote. Das pactum „ne liceat rem uendere“

kann kaum unter harmloseren Umgebungen auftreten, als an die bei dem vielbesprochenen fr. 7 § 2 de distr. pign. 20, 5 gedacht worden: „ne liceat debitori uendere“, damit wäre das pignus wieder auf die Bedeutuug zurückgeführt, die es Jahrhunderte lang gehabt hatte; „ne liceat creditori uendere“, das wäre ein pactum nicht sowol reseruati als constituti dominii, gleichfalls von durchweg absehbaren Folgen. Und doch vermögen wir bis auf diesen Tag[7]) nicht zu entscheiden, ob die Römer derartige pacta für zulässig erklärt haben. Im heutigen Recht aber würde ich die Geltung dieser Veräußerungsverträge für unbestreitbar halten, wenn sie nicht bestritten wäre: warum sollte einem Kommodat nicht der Nebenvertrag beigefügt werden können „zu restituiren nicht bevor jene Schuld getilgt ist“? und warum sollten alterthümelnde Parteien nicht auch einmal so etwas wie eine altrömische fiducia gültig verabreden können? Das Ziel aber, das durch Verträge auf Umwegen zu erreichen ist, das muß jetzt auch dem

---

7) Mit Mommsens eleganter Konjektur „et certum est nullam esse, [nec impediendam esse] uenditionem ut pactioni stetur“ scheint mir, im Gegensatz zu Windscheid (Pand. I § 172 a, N. 8) nicht viel geholfen; denn ohne gröbliches Mißverständniß konnte das also emendirte Recht doch nicht dahin ausgebeutet werden „καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.“ Entweder also betrachten wir die Griechische Uebertragung als bindend, und sind dann gezwungen, die Geltung des Verbietungsvertrags anzunehmen, oder wir fühlen uns ungebunden und lesen nach wie vor aus der Stelle was übrigens uns richtig scheint.

Dawider ist auch nicht zu behaupten, daß der Satz des fr. 7 § 2 cit. doch immer als ius singulare gegenüber dem modernen ius generale der Vertragswirkungen fortbestehen müsse, denn wenn Marcian hier wirklich wider das Veräußerungsverbot entschieden haben sollte, so wollte er damit keine Ausnahme aufstellen, sondern die Regel zur Anwendung bringen, die im fr. 61 de pactis 2, 4 von Pomponius ausgesprochen wird.

direktem Vertrage zugänglich sein. Ganz zweifellos aber dürfte auch in der Gegenwart nicht durchgängig jede die Veräußerung ausschließende Zwecksatzung aufrecht erhalten werden können. Mehr oder wenig bedenklich müssen alle die erscheinen, welche die Stellung der Gläubiger berühren, den Verkauf auch Schulden halber untersagen. Sodann bedarf jedes Veräußerungsverbot, das auf die Erben sich erstreckt, rationell einer positiven Ergänzung für den Todesfall; freie Disposition im Testament und Theilbarkeit wollen sich mit der Unveräußerlichkeit schlecht vertragen. Es muß also das Gut an einen bestimmten Zweig oder Stamm gebunden, es müssen tausend Wechselfälle im Voraus bedacht und geordnet werden, auch das Erlöschen dieses Zweiges Stammes, und des folgenden u. s. w.; bis in die liebe Ewigkeit sollte das Eine Gewollthaben maßgebend bleiben. — Mich dünkt nichts natürlicher, als daß man über derartige Dispositionen nach Zeit und Ort verschieden geurtheilt hat, ja daß die Ansichten oft einen diametralen Gegensatz bekunden.

Bei weitem größer ist erfahrungsmäßig die Mannigfaltigkeit der zu c. gehörigen Zwecksatzungen, und die Menge der von ihnen berührten Staatsinteressen. Eine ganze Reihe von Zweckvermögen gehört zu den unbedingt nothwendigen Lebensbedürfnissen der modernen Gesellschaft; der Staat muß sie anerkennen und schützen und ihr Zustandekommen in jeder Weise zu fördern suchen. Eben so gewiß aber ist, daß jedem Zweckvermögen die Gefahr des Steif- und Rostigwerdens anhaftet, und daß viele Satzungen, auch die keineswegs gegen Recht und gute Sitten anlaufen, durchaus nicht geduldet werden können. Ein Blick auf die Geschichte bestätigt die Richtigkeit dieser Behauptungen. Man bedenke nur, wie verschieden zu verschiedenen Zeiten über die Veräußerungen zur todten Hand geurtheilt ist, und mit wie gutem Grunde: Kirchen und kirchliche Stif-

tungen sind die Träger des Fortschritts zu allem Guten, die kräftigsten Förderer der geistigen Entwickelung gewesen; und wieder können wir uns nicht verhehlen, daß sie auch gerade entgegengesetzt gewirkt haben. Vor allem scheint der Staat selber eines bedeutenden Vermögens benöthigt; doch warnen politische und nationalökonomische Sekten vor nichts mehr als vor dem Zuviel des Staatsvermögens, und manche möchten ihm ganz den Garaus machen.

Doch sehen wir auch auf Zwecksatzungen, welche die kleineren Verhältnisse betreffen. Was wollten wir heut zu Tage beginnen mit einer Stiftung für Lehrer und Schüler der scholastischen Philosophie? oder irgend eines verrotteten medizinischen Systems? — Buchhändler R. zu H. hat den größten Theil seines sehr beträchtlichen Vermögens durch Schulbücher erworben, namentlich die von Lehrer F. nach obrigkeitlicher Anweisung verfaßten; mit seinen Verwandten zerfallen setzt er im Testament eine große Summe aus, von deren Zinsen „der kleine F." und „der große" alljährlich in mehren tausend Exemplaren zur unentgeltlichen Vertheilung an die Schüler der Provinz H. gebracht werden soll, andere Lehrbücher zu substituiren ist ausdrücklich verboten. Was nützen Stiftungen für die Frachtfuhrleute, in Gegenden wo die Eisenbahnen den ganzen Gütertransport übernommen haben? für Barbiere, wo alle Welt Bärte trägt?

Der Schaden, den Zweckvermögen anrichten können, ist zweifach:

1) sie fördern Zwecke, die keine Förderung verdienen, die zur Zeit wenigstens den Gesammtinteressen der Nation mehr zuwider- als zumitlaufen;

2) sie entziehen die Mittel, die sie an gewisse Zwecke binden, allen andern Zwecken. Also wenn ihre eigenen Zwecke an sich unschädlich, indifferent oder selbst in beschränktem Maße nütz-

Vieh unnütz gequält, Akte vorgenommen werden die öffentliches Aergerniß geben müssen.

Die Zwecksatzungen zu b. haben schon mehr Interesse für die Staatsgewalt. Rechte werden aus den Privatvermögen nicht völlig herausgenommen, aber doch in eine absonderliche Stellung innerhalb derselben verwiesen. Damit ändern sich die Befugnisse der Gläubiger eines solchen Privatvermögens in Beziehung auf diese Rechte, die Befugnisse werden theils gemehrt theils gemindert, der Vortheil der Einen gereicht den Andern zum Nachtheil. Die Zulassung der Gläubiger des Pekuliums, noch mehr die weitere Zulassung der Gläubiger der merx peculiaris, kann die Aussicht der Gläubiger des Gewalthabers auf volle Befriedigung stören; die Berechtigung der Lehn-Fideikommiß- u. s. w. Gläubiger und die der Allodialgläubiger beschränken sich wechselweis; ebenso die der Handelsgläubiger und der Privatgläubiger des Kaufmanns. Dies sind nicht mehr innere Angelegenheiten des Privatsouveränitätsgebiets, denn die Interessen Dritter, die um ihre Einwilligung niemals befragt worden, werden kräftig ins Mitleiden gezogen. Die Gemeinschaft muß darüber allgemein verbindliche Regeln aufstellen, ob durch Gewohnheit ob durch Gesetz gleichviel, schon damit der Einzelne der in derartige Verhältnisse eintritt mit Sicherheit wisse was ihm bevorsteht, und danach sich verhalten könne. In wieweit eben gerathen sei, durch Zwecksatzungen gebundene besondere Abschnitte eines Vermögens, Zweckvermögen im Personalvermögen anzuerkennen, das kann allgemein nicht festgestellt werden, beispielsweise wie das Heirathsgut der Frau, oder das Handelsgut des Kaufmanns zu halten sei.

Auf die Tragweite mancher relativ unscheinbarer Zwecksatzungen ist schon vorhin gewiesen, namentlich der der Veräußerungsverbote. Das pactum „ne liceat rem uendere“

kann kaum unter harmloseren Umgebungen auftreten, als an die bei dem vielbesprochenen fr. 7 § 2 de distr. pign. 20, 5 gedacht worden: „ne liceat debitori uendere“, damit wäre das pignus wieder auf die Bedeutuug zurückgeführt, die es Jahrhunderte lang gehabt hatte; „ne liceat creditori uendere“, das wäre ein pactum nicht sowol reseruati als constituti dominii, gleichfalls von durchweg absehbaren Folgen. Und doch vermögen wir bis auf diesen Tag[7]) nicht zu entscheiden, ob die Römer derartige pacta für zulässig erklärt haben. Im heutigen Recht aber würde ich die Geltung dieser Veräußerungsverträge für unbestreitbar halten, wenn sie nicht bestritten wäre: warum sollte einem Kommodat nicht der Nebenvertrag beigefügt werden können „zu restituiren nicht bevor jene Schuld getilgt ist“? und warum sollten alterthümelnde Parteien nicht auch einmal so etwas wie eine altrömische fiducia gültig verabreden können? Das Ziel aber, das durch Verträge auf Umwegen zu erreichen ist, das muß jetzt auch dem

7) Mit Mommsens eleganter Konjektur „et certum est nullam esse, [nec impediendam esse] uenditionem ut pactioni stetur“ scheint mir, im Gegensatz zu Windscheid (Pand. I § 172 a, N. 8) nicht viel geholfen; denn ohne gröbliches Mißverständniß konnte das also emendirte Recht doch nicht dahin ausgebeutet werden „καλῶς ὁ δανειςὴς συμφωνεῖ μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.“ Entweder also betrachten wir die Griechische Uebertragung als bindend, und sind dann gezwungen, die Geltung des Verbietungsvertrags anzunehmen, oder wir fühlen uns ungebunden und lesen nach wie vor aus der Stelle was übrigens uns richtig scheint.

Dawider ist auch nicht zu behaupten, daß der Satz des fr. 7 § 2 cit. doch immer als ius singulare gegenüber dem modernen ius generale der Vertragswirkungen fortbestehen müsse, denn wenn Marcian hier wirklich wider das Veräußerungsverbot entschieden haben sollte, so wollte er damit keine Ausnahme aufstellen, sondern die Regel zur Anwendung bringen, die im fr. 61 de pactis 2, 4 von Pomponius ausgesprochen wird.

direktem Vertrage zugänglich sein. Ganz zweifellos aber dürfte auch in der Gegenwart nicht durchgängig jede die Veräußerung ausschließende Zwecksatzung aufrecht erhalten werden können. Mehr oder wenig bedenklich müssen alle die erscheinen, welche die Stellung der Gläubiger berühren, den Verkauf auch Schulden halber untersagen. Sodann bedarf jedes Veräußerungsverbot, das auf die Erben sich erstreckt, rationell einer positiven Ergänzung für den Todesfall; freie Disposition im Testament und Theilbarkeit wollen sich mit der Unveräußerlichkeit schlecht vertragen. Es muß also das Gut an einen bestimmten Zweig oder Stamm gebunden, es müssen tausend Wechselfälle im Voraus bedacht und geordnet werden, auch das Erlöschen dieses Zweiges Stammes, und des folgenden u. s. w.; bis in die liebe Ewigkeit sollte das Eine Gewollthaben maßgebend bleiben. — Mich dünkt nichts natürlicher, als daß man über derartige Dispositionen nach Zeit und Ort verschieden geurtheilt hat, ja daß die Ansichten oft einen diametralen Gegensatz bekunden.

Bei weitem größer ist erfahrungsmäßig die Mannigfaltigkeit der zu c. gehörigen Zwecksatzungen, und die Menge der von ihnen berührten Staatsinteressen. Eine ganze Reihe von Zweckvermögen gehört zu den unbedingt nothwendigen Lebensbedürfnissen der modernen Gesellschaft; der Staat muß sie anerkennen und schützen und ihr Zustandekommen in jeder Weise zu fördern suchen. Eben so gewiß aber ist, daß jedem Zweckvermögen die Gefahr des Steif- und Rostigwerdens anhaftet, und daß viele Satzungen, auch die keineswegs gegen Recht und gute Sitten anlaufen, durchaus nicht geduldet werden können. Ein Blick auf die Geschichte bestätigt die Richtigkeit dieser Behauptungen. Man bedenke nur, wie verschieden zu verschiedenen Zeiten über die Veräußerungen zur todten Hand geurtheilt ist, und mit wie gutem Grunde: Kirchen und kirchliche Stif-

tungen sind die Träger des Fortschritts zu allem Guten, die kräftigsten Förderer der geistigen Entwickelung gewesen; und wieder können wir uns nicht verhehlen, daß sie auch gerade entgegengesetzt gewirkt haben. Vor allem scheint der Staat selber eines bedeutenden Vermögens benöthigt; doch warnen politische und nationalökonomische Sekten vor nichts mehr als vor dem Zuviel des Staatsvermögens, und manche möchten ihm ganz den Garaus machen.

Doch sehen wir auch auf Zwecksatzungen, welche die kleineren Verhältnisse betreffen. Was wollten wir heut zu Tage beginnen mit einer Stiftung für Lehrer und Schüler der scholastischen Philosophie? oder irgend eines verrotteten medizinischen Systems? — Buchhändler R. zu H. hat den größten Theil seines sehr beträchtlichen Vermögens durch Schulbücher erworben, namentlich die von Lehrer F. nach obrigkeitlicher Anweisung verfaßten; mit seinen Verwandten zerfallen setzt er im Testament eine große Summe aus, von deren Zinsen „der kleine F." und „der große" alljährlich in mehren tausend Exemplaren zur unentgeltlichen Vertheilung an die Schüler der Provinz H. gebracht werden soll, andere Lehrbücher zu substituiren ist ausdrücklich verboten. Was nützen Stiftungen für die Frachtfuhrleute, in Gegenden wo die Eisenbahnen den ganzen Gütertransport übernommen haben? für Barbiere, wo alle Welt Bärte trägt?

Der Schaden, den Zweckvermögen anrichten können, ist zweifach:

1) sie fördern Zwecke, die keine Förderung verdienen, die zur Zeit wenigstens den Gesammtinteressen der Nation mehr zuwider- als zumitlaufen;

2) sie entziehen die Mittel, die sie an gewisse Zwecke binden, allen andern Zwecken. Also wenn ihre eigenen Zwecke an sich unschädlich, indifferent oder selbst in beschränktem Maße nütz-

lich wären, so könnten sie doch immer noch nachtheilig wirken, indem sie verhindern, daß dieselben Mittel zu anderen höheren Zwecken verwandt werden.
Nun könnte man sagen, beides werde auch bei andern Privatdispositionen der Fall sein, und der Staat könne doch unmöglich jedes Individuum stets unter Kontrole halten, ob selbiges seine Mittel gut, so gut wie denkbar verwende. Da bliebe dann aber übersehen, daß wenn bei andern Privatdispositionen Mißgriffe einlaufen, das Mittel zur Besserung gegeben ist: das Individuum wird endlich wol den eigenen Irrthum begreifen, und thut es selber dies nicht, so werden die Erben sicher klarer sehen. Im Charakter der Zwecksatzungen aber liegt das Unabänderliche, die Stabilität des Gewollthabens.

Der Staat kann also gegenüber den verschiedenen auf Herstellung selbständiger Zweckvermögen abzielenden Zwecksatzungen sich nicht anders als verschieden verhalten; er wird die einen anerkennen und schützen, andere verbieten und als nichtig behandeln. Und die Anerkennung muß auch wieder verschieden sein: bisweilen ist zweckmäßig sie generell für größere und kleinere Gruppen, bisweilen für einzelne Individuen auszusprechen. Es ist durchaus naturgemäß, daß aus den Individualkonstitutionen allmählich Regeln erwachsen; aber bis diese fertig geworden, hat das Leben schon wieder eine Menge neuer Gebilde geschaffen, deren Anerkennung nicht weniger angemessen wäre. Also Spezialkonzessionen erst, und Normativbedingungen hernach, die sich mehr und mehr erweitern können, aber niemals soweit, daß dereinst alle Satzungen selbständiger Zweckvermögen rechtsbeständig würden. Dies müßte völlig unhaltbare Zustände ergeben. Dagegen muß dem Staat allezeit die Berechtigung gewahrt bleiben, den mit seiner Genehmigung gesetzten Zweckvermögen die Anerkennung auch wieder zu entziehen, sogut generell wie speziell; er darf und kann sich

der Macht, nach Bedürfniß so oder so zu säkularisiren und zu allodifiziren nicht entäußern, auch nicht ein schädlich wirkendes Handelsvermögen als solches zu vernichten.

Hinsichts der Zulässigkeit aber wird augenscheinlich besonders viel darauf ankommen, ob ein selbständiges Zweckvermögen revokabel oder irrevokabel ist. Mit der Irrevokabilität tritt ein Hauptbedenken in den Hintergrund, und so werden im allgemeinen Zweckvermögen, die an eine allezeit auflösungsfähige Gesellschaft geknüpft sind, eher zu genehmigen sein als Stiftungen mit ewigem Zweck. Dennoch aber ist es geradezu undenkbar, daß je allen Gesellschaften die Gründung von selbständigen Vermögen zu beliebigem Zweck ohne weiteres gestattet würde. Ich will nicht anführen, daß solche Zweckvermögen zu gewissen politischen und zu gewissen kirchlichen Zwecken in die Jetztzeit schlecht zu passen scheinen; aber mit dieser Gestattung wären überhaupt alle selbständigen Zwecksatzungen definitiv anerkannt: denn was die Gesellschaft könnte, das könnte auch der Einzelne, der für Geld und gute Worte einen Helfer sich erwürbe, und die Auflösung der Gesellschaft könnte statutenmäßig in den Bereich der Unmöglichkeit hinein erschwert werden. Es werden also auch diesen Gesellschaften der generellen Anerkennung des Staates stets nur unter gewissen Voraussetzungen, d. h. nach Maßgabe mehr oder weniger detaillirter Normativbedingungen theilhaftig werden können. Und unter diesen Bedingungen wird nach moderner Anschauung wol die voranzustellen sein, daß die Gesellschaften sich der Oeffentlichkeit unterwerfen, d. h. daß dritte Kontrahenten die mit der Gesellschaft in Berührung kommen, in Stand gesetzt werden selbständig sich zu überzeugen, ob die vom Staate übrigens gestellten Bedingungen eingehalten werden; denn so wenig durchführbar erscheint, für alle derartige Gesellschaften Staatskommissarien zur Verifizirung des Statuts zu bestellen, so berechtigt scheint

c. Mittelbildungen von halbpolitischer halbprivater Färbung („publici priuatique iuris"); sie sind schwer zu begrenzen, und werden häufig in ihrer Besonderheit verkannt. Ich erinnere an Handelsgesellschaften zu großen politisch wichtigen, namentlich überseeischen Unternehmungen; desgleichen an große Bankvereine, denen vom Staat wichtige Privilegien zugestanden werden, oder bei denen auch der Staat sich wohl selber mit einer Einlage betheiligt. Zu diesen halbpolitischen Gestalten dürften aber auch noch manche andere, namentlich Eisenbahnen Feuersozietäten Landschaften zu rechnen sein; vielleicht mit Unterschied, so daß bei einigen das politische Element weiter trüge als bei andern. Alle näheren Bestimmungen vorbehalten, scheint die Unterscheidung dieser Gruppe von den rein privaten Vereinen immerhin von Wichtigkeit, weil das Recht beider, wenn es auch jetzt noch nicht genügend geschieden ist, doch offenbar zur Unterscheidung drängt. So z. B. lautet A. 242 das D. H. G., bestätigt durch das Gesetz des Norddeutschen Bundes v. 11. 6. 70:

die Aktiengesellschaft wird aufgelöst:

2) durch einen notariell oder gerichtlich beurkundeten Beschluß der Aktionäre.

Zweifellos, daß es eine große Menge von Aktiengesellschaften gibt, für die diese Vorschrift richtig und unbedenklich ist, aber sollten wirklich auch unsere Eisenbahngesellschaften, wenn sie schlechte Geschäfte machen, einfach befugt sein, sich wieder aufzulösen, das ganze Unternehmen zu zerschlagen, das Material und den Bahnkörper stückweis wieder zu veräußern? Ihre positiv rechtliche Befugniß ist durch den angeführten Artikel erwiesen, aber würde sich der Staat einer administrativ oder militärisch wichtigen Bahn dergestalt berauben lassen? und wenn er es nicht wollte, müßte er für den eigenen Erwerb auf alle von der Gesellschaft, wie unter freien

Kontrahenten zu stellenden Bedingungen eingehen? Offenbar kommen wir hier zu vielen noch unausgedachten Fragen; der bloße Hinweis genügt die Aufstellung dieser Kategorien zu erklären.

d. Reine Privatvereine.

B. Nach dem Zweck der maßgebenden Satzung. Alle Satzungen, welche an politische (einschließlich der kirchlichen) Vereine anknüpfen, stehen mehr oder weniger unter dem Zwange politischer Verhältnisse; eine völlig freie Gestaltung des Zwecks erscheint nur bei den unpolitischen Vereinen zulässig. Hier macht sich besonders der Unterschied merklich, ob die Mitglieder des Vereins zugleich Genießer sein sollen oder nicht. Jenes wird die Regel sein, wobei der Genuß dann wiederum von mannigfaltiger Art sein kann: pekuniär und zwar auf Gewinnung positiver Vortheile, wie bei den Dividenden, oder auf Abwendung von Nachtheilen wie bei den Versicherungen gerichtet, oder gesellschaftlich, oder instruktiv u.s.w. Dem gegenüber die Vereine, die nichts für sich und ihre Mitglieder erstreben: z. B. zur Verbreitung der Bibel oder anderer gemeinnütziger Schriften; für die Missionäre; zur Unterstützung bestimmter Klassen Bedürftiger, z. B. der Blinden, der Verwundeten, der Cretins.

C. Nach der Art wie die Mittel des Vereins aufgebracht werden. Namentlich kommen in Betracht:

a. Kapitalseinlagen seitens der einzelnen Mitglieder, wie z. B. bei den Aktiengesellschaften;

b. Zahlung laufender Beiträge;

c. Kreditgewährung seitens der Mitglieder, entweder auf den Betrag ihres ganzen Vermögens, oder nur bis zu bestimmter Höhe.

Die Formen kommen auch gemischt vor, z. B. ist es gar nicht selten, daß auf Aktien nur eine Quote baar eingezahlt und der Rest in Wechseln auf den Aussteller geleistet wird; bei Ge-

aber er wird dann doch nicht Gläubiger des Unternehmens, sondern Aktionär, der die Auflösung auch blos für seinen Theil nicht erzwingen kann. Daher ist auch der Kredit eines Aktienunternehmens absolut unabhängig von den Vermögensverhältnissen der Aktionäre, während die Pekulien und die nicht definitiv abgesonderten Handelsvermögen über kurz oder lang die Schicksale des Restvermögens theilen müssen.

Beispiele revokabler selbständiger Zweckvermögen außer den Vermögen der Aktiengesellschaften sind die aller anderen Privatvereine (vergl. unten II. B d); wogegen die Vermögen nicht privater Vereine regelmäßig auch nicht revokabel sind. Selbständige Zweckvermögen, die nicht Vereinen zustehen, pflegen nicht revokabel zu sein, in dem Sinn daß die Revokation von dem Belieben dritter Privatpersonen abhinge. Dagegen kann der gesetzte Zweck leicht selber ein endlicher, und somit die Wiederaufhebung durch die Zwecksatzung selber gegeben sein.

II. Zweckvermögen, die an Vereinen, und die nicht an Vereinen haften. Es dürfte erforderlich sein, zunächst über die Begriffe „Verein" und „haften" sich zu verständigen: „Verein" bedingt eine Mehrzahl qualitativ gleichberechtigter und in Beziehung auf diese Berechtigungen mit einander verbundener Personen; das Recht oder das Vermögen „haftet" an einem solchen Verein, wenn der oder die Verfüger direkt oder indirekt durch die Vereinsglieder bestimmt werden. Die Versicherten einer Gesellschaft auf Gegenseitigkeit bilden einen „Verein", und an dem Verein „haftet" das Vermögen, falls dieselben statutenmäßig berechtigt sind zu Fassung gemeinsamer Beschlüsse, und bei der Wahl der Direktion wenigstens mitzuwirken haben. Anders Versicherte sind auch wol Gleichberechtigte, aber es fehlt das Band unter ihren Berechtigungen, auch wo dieselben wider dasselbe Objekt, denselben Versicherer sich kehren, sie haben keine statutenmäßig gemeinsamen Ange-

legenheiten, und darum auch nichts zusammen zu beschließen. Es wäre nicht undenkbar, daß besondere Ereignisse, wie z. B. Vermögensverfall des gemeinsamen Versicherers auch solche Versicherte dahin brächten, mit einander in nähere Verbindung zu treten und schließlich einen wirklichen „Verein" zu gründen. Weiter ist zu bemerken, daß ein „Verein" als solcher bestehen könnte, z. B. eine kirchliche Gemeinde, und ein Zweckvermögen dessen Verwendung satzungsmäßig zu Gunsten dieser Gemeinde, zur Förderung ihrer allgemeinen Interessen oder zum Besten einzelner z. B. verarmter Gemeindemitglieder wäre, während zugleich die Verfügung und Ausführung der Satzung von dem Willen der Gemeindemitglieder weder direkt noch indirekt abhängig wäre, beispielsweise dem Bischof oder bestimmten Staatsorganen zustünde: ein solches Zweckvermögen würde dann wol für den Verein „sein", aber es würde nicht in unserm Sinne „an dem Verein haften", kein „Vereinsvermögen" sein.

Unter den Vereinsvermögen aber bestehen wieder mannigfaltige Verschiedenheiten:

A. Nach der politischen Stellung des Vereins. Derselbe kann sein

a. souverän: der Staat; die Kirche. Dabei kümmert uns wenig der Streit, ob die Kirche oder ob einzelne kirchliche Gemeinden als Subjekt bestimmter Zweckvermögen zu betrachten sind; die Möglichkeit, eine religiöse Gemeinschaft in ihrer Gesammtheit, „die Kirche" ganz ebenso wie den Staat mit der Verfügung über Zweckrechte zu betrauen, ist ganz unleugbar.

b. Ein Glied einer souveränen Körperschaft, m. a. W. von Staat oder Kirche. Die Gliederung ist nach Zeit und Ort verschieden, jedes irgendwie zu festem Abschluß kommende Glied, Provinz Bezirk Kreis Stadt Dorf Diöcese Parochie u. s. w., kann auch eigene Vereinsrechte für sich haben.

c. Mittelbildungen von halbpolitischer halbprivater Färbung („publici priuatique iuris"); sie sind schwer zu begrenzen, und werden häufig in ihrer Besonderheit verkannt. Ich erinnere an Handelsgesellschaften zu großen politisch wichtigen, namentlich überseeischen Unternehmungen; desgleichen an große Bankvereine, denen vom Staat wichtige Privilegien zugestanden werden, oder bei denen auch der Staat sich wohl selber mit einer Einlage betheiligt. Zu diesen halbpolitischen Gestalten dürften aber auch noch manche andere, namentlich Eisenbahnen Feuersozietäten Landschaften zu rechnen sein; vielleicht mit Unterschied, so daß bei einigen das politische Element weiter trüge als bei andern. Alle näheren Bestimmungen vorbehalten, scheint die Unterscheidung dieser Gruppe von den rein privaten Vereinen immerhin von Wichtigkeit, weil das Recht beider, wenn es auch jetzt noch nicht genügend geschieden ist, doch offenbar zur Unterscheidung drängt. So z. B. lautet A. 242 das D. H. G., bestätigt durch das Gesetz des Norddeutschen Bundes v. 11. 6. 70:

die Aktiengesellschaft wird aufgelöst:

2) durch einen notariell oder gerichtlich beurkundeten Beschluß der Aktionäre.

Zweifellos, daß es eine große Menge von Aktiengesellschaften gibt, für die diese Vorschrift richtig und unbedenklich ist, aber sollten wirklich auch unsere Eisenbahngesellschaften, wenn sie schlechte Geschäfte machen, einfach befugt sein, sich wieder aufzulösen, das ganze Unternehmen zu zerschlagen, das Material und den Bahnkörper stückweis wieder zu veräußern? Ihre positiv rechtliche Befugniß ist durch den angeführten Artikel erwiesen, aber würde sich der Staat einer administrativ oder militärisch wichtigen Bahn dergestalt berauben lassen? und wenn er es nicht wollte, müßte er für den eigenen Erwerb auf alle von der Gesellschaft, wie unter freien

Kontrahenten zu stellenden Bedingungen eingehen? Offenbar kommen wir hier zu vielen noch unausgedachten Fragen; der bloße Hinweis genügt die Aufstellung dieser Kategorien zu erklären.
d. Reine Privatvereine.

B. Nach dem Zweck der maßgebenden Satzung. Alle Satzungen welche an politische (einschließlich der kirchlichen) Vereine anknüpfen, stehen mehr oder weniger unter dem Zwange politischer Verhältnisse; eine völlig freie Gestaltung des Zwecks erscheint nur bei den unpolitischen Vereinen zulässig. Hier macht sich besonders der Unterschied merklich, ob die Mitglieder des Vereins zugleich Genießer sein sollen oder nicht. Jenes wird die Regel sein, wobei der Genuß dann wiederum von mannigfaltiger Art sein kann: pekuniär und zwar auf Gewinnung positiver Vortheile; wie bei den Dividenden, oder auf Abwendung von Nachtheilen wie bei den Versicherungen gerichtet, oder gesellschaftlich, oder instruktiv u.s. w. Dem gegenüber die Vereine, die nichts für sich und ihre Mitglieder erstreben: z. B. zur Verbreitung der Bibel oder anderer gemeinnütziger Schriften; für die Missionäre; zur Unterstützung bestimmter Klassen Bedürftiger, z. B. der Blinden, der Verwundeten, der Cretins.

C. Nach der Art wie die Mittel des Vereins aufgebracht werden. Namentlich kommen in Betracht:
a. Kapitalseinlagen seitens der einzelnen Mitglieder, wie z. B. bei den Aktiengesellschaften;
b. Zahlung laufender Beiträge;
c. Kreditgewährung seitens der Mitglieder, entweder auf den Betrag ihres ganzen Vermögens, oder nur bis zu bestimmter Höhe.

Die Formen kommen auch gemischt vor, z. B. ist es gar nicht selten, daß auf Aktien nur eine Quote baar eingezahlt und der Rest in Wechseln auf den Aussteller geleistet wird; bei Ge-

ein Streit der freilich nicht zum Austrag zu bringen ist, bevor die Gegner sich über die Definition der „Korporation" geeinigt haben.

III. Verschiedenheiten in der Gebundenheit der dem Zwecke dienenden Rechte je nach dem Inhalt des Zwecks (vergl. Brinz Pand. II 998—1000 unter 1, 3; hergehöriges ist auch so eben unter II bei der hereditas iacens ausgeführt.)

A. der Zweck fordert, daß die Sachen, welche Objekt der betreffenden Rechte sind, individuell erhalten bleiben: Denkmäler, Statuen Bilder oder was sonst einem Museum überwiesen wird, Straßen, Plätze, Aquädukte u. s. w.

B. die Sachen sind nicht individuell wol aber ihrem Werthe nach dem Zweck zu erhalten: Stiftungskapitalien, Fideikommißvermögen soweit die Stücke desselben nicht unter A. fallen, u. s. w.

C. die Sachen sollen oder können für den Zweck verzehrt wer- Ich schenke 1000 Thlr. einer Gemeinde unter der Satzung, entweder (B) daß nur die Rente davon armen Gemeindemitgliedern zufließe, oder (C) um jetzt sofort Brennholz für die Bedürftigen zu kaufen, oder auch nach Belieben im Interesse der Gemeinde es sonst zu verausgaben oder zu behalten.

Ersichtlich daß Ein Vermögen Bestandtheile der drei Arten enthalten kann, und zwar ein Personalvermögen sogut wie ein Vereinsvermögen und wie ein reines Zweckvermögen. Doch ist zu beachten, daß die Intensität des Gebundenseins der Sache in verschiedenen Abstufungen vorkommt. Die Sache soll individuell dem Zweck erhalten bleiben; aber sie wird nun doch veräußert: was ist die Folge? — Kann sein daß die wider Verbot geschehene Veräußerung an sich rechtsbeständig, der Veräußerer nur persönlich verantwortlich wäre. Aber das Band kann auch kräftiger sein: die Veräußerung ist zunächst nicht

rechtsbeständig, aber sie kann doch nachträglich rechtsbeständig werden, wenn nicht anders durch irgend eine Art der Verjährung. Und noch stärker könnte das Band sein: die Veräußerung ist und bleibt nichtig die regelmäßige Verjährung ist ausgeschlossen, vielleicht auch die außerordentliche (res publicae, res diuini iuris).

Es drängt sich hier eine Frage ein, die vielleicht an anderer Stelle besser zu behandeln wäre. Können solche Sachen zu A, bei höchster Intensität der bezüglichen Zwecksatzung denn überhaupt noch als Theile eines anderen Vermögens gelten, oder bedingen dieselben allemal ein für sich abgeschlossenes Vermögen? Kann man sagen, daß Wege Plätze Festungswerke u. s. w. u. s. w. zu dem Vermögen von Staaten oder Städten, daß Kirchen (Gebäude) und der ganze Apparat des Religionsdienstes zu dem Vermögen der kirchlichen Korporationen gehören? — Wenn heute die Gläubiger Exekution vollstrecken ließen wider die Stadt oder die Kirchengemeinde, diese Sachen müßten unberührt bleiben; ebenso gewiß daß sie auch nicht (wie etwa gleichfalls unantastbare Kapitalien) regelmäßige Erträge in die fraglichen Vermögen liefern und mit der Zeit zur Befriedigung der Gläubiger beitragen. Dennoch ist die Möglichkeit des Zusammenhangs mit einem andern Vermögen nicht in Abrede zu stellen. Erstens der möglichen unregelmäßigen Erträge wegen: im Grundstück könnte ein Schatz gefunden werden, oder ein werthvoller Meteorstein könnte hineinschlagen, der Becher und die gestickte Altardecke können auf der Ausstellung Prämien erhalten. Zweitens weil schließlich doch jede Zwecksatzung einmal aufzuheben ist: die Stadt wird verlassen, die Religionsgemeinschaft löst sich auf; und wir brauchen gar nicht so fern zu blicken, die Verwandlung der Festungswerke und anderer öffentlichen Anlagen in Privatbauplätze gehört zu den ganz gewöhnlichen Vorgängen unserer

Zeit. Drittens kommt der Rechtsschutz in Frage: all diese Sachen können doch auch des im Civilprozeß durchzuführenden Privatrechtsschutzes nicht ganz entbehren, bei den Grundstücken kommen Grenzstreitigkeiten vor, Dritte maßen sich die außerordentlichen Erträge an, das Kirchengold ist gestohlen eingeschmolzen und befindet sich jetzt beim gutgläubigen Erwerber, wer hat die Vindikation?

In diesen Ausführungen liegt zugleich die Rechtfertigung des vorher beiläufig ausgesprochenen Satzes, daß diese selben Arten der Gebundenheit auch in Beziehung auf ein Personalvermögen vorkommen können. Und wenn es niemals vorgekommen wäre, undenkbar wäre es nichtsdestwmehr, daß ein Denkmal z. B. unter einer absoluten Zwecksatzung (A) von höchster Intensität stünde und gleichwol als zu einem Privatvermögen zugehörig angenommen werden müßte: die außerordentlichen Revenuen fielen in das Privatvermögen; wenn dereinst die Zwecksatzung, vielleicht durch Gesetz, beseitigt würde, so müßten Boden und Superfizies ununterschiedene Theile eben dieses Vermögens werden; dem Verfüger des Vermögens stünde auch der Privatrechtsschutz des Denkmals zu.

Noch ist hier zweier Gegensätze zu gedenken, die mit dem zuletzt berührten ersichtlich in einigem Zusammenhange stehn.

IV. Die Zwecksatzung kann für ein einzelnes Recht oder für eine Mehrzahl von Rechten gegeben sein, welche sie alsdann zu einem Vermögen zusammenschließt. Theoretisch wird diese Gegenüberstellung leicht zu vertheidigen sein: es ist sehr wohl denkbar, daß nur ein einziges Recht, das Recht an nur Einer Sache diesem Zwecke dienen soll. Eine Statue, Eine Säule, Ein Bauwerk soll das Gedächtniß an diesen Mann an dies Ereigniß erhalten. Es liegt den Gedanken des Zwecksetzers ebenso fern, daß zu dieser Einen Sache für dieselbe Erinnerung noch irgend

etwas anderes, Geld oder Geldes Werthes, hinzuerworben werde, wie er nicht will, daß die Eine Sache je wegen Schulden in Anspruch genommen werden könne. Ob derartige Zwecksatzungen praktisch empfehlenswerth, ist eine andere Frage: wohin kommen in solchem Falle die außerordentlichen Einnahmen? woraus sind die Kosten etwa erforderlicher Reparaturen zu bestreiten?

In der Stadt Z hat ein Komite gesammelt, dem verstorbenen Bürgermeister ein Denkmal zu setzen. Ein Platz, 15 Fuß im Geviert ist in den öffentlichen Anlagen erworben; ein Granitsockel, darauf die Marmorbüste, darum ein Eisengitter. Nach Bestreitung aller Kosten, auch für die Einweihungsfeierlichkeit verbleiben noch 67 Thlr. An einem schönen Sommerabend ziehen lustige Bürger durch die Anlagen, die Dankbarkeit treibt sie, dem Herrn Bürgermeister die Welt auch von der andern Seite zu zeigen; bei dem Versuch die Büste umzudrehen fällt diese hinunter, bekommt Brüche und Splitter. Der Schaden ist nicht geradezu irreparabel, aber die Reparatur wird erheblich mehr als die 67 Thaler kosten, und die Wiederaufstellung ohne Reparatur ist unmöglich. — Daß das Denkmal in irgend einem Rechte steht, wird jeder zugeben, aber in wessen? — Gehört dasselbe zum Stadtvermögen? einschließlich der 67 Thaler? so daß die Stadt auch die a. l. Aquiliae hat? aber auch, wo diese ohne Erfolg bleibt, das erforderliche aus eigenen Mitteln zuschießen muß? überhaupt die sämmtlichen weiteren Erhaltungskosten aufzubringen hat? — Oder steht das Recht am Denkmal für sich? oder doch nur mit dem an den 67 Thalern zusammen? und wer ist der Verfüger dieses oder dieser Rechte? darf namens des Denkmals geklagt werden? und woraus wären die Kosten zu bestreiten, bei etwaigem Verluste des Prozesses, wenn zufällig die 67 Thaler bereits aufgebraucht sein sollten? würde das Denkmal eventuell auch be-

klagt werden können, wegen gegebener Vorschüsse, oder auf cautio damni infecti?

Die Möglichkeit beider Konstruktionen wird schwer zu bestreiten sein, aber auch die Bedenklichkeit der Annahme solcher vereinzelten Zweckrechte ist kaum zu übersehen. Aehnliche Wahrnehmungen kehren wieder bei

V. dem Gegensatze von Zwecksatzungen mit und ohne Apparat zur Ausführung des gesetzten Zweckes. Unter dem „Apparat" verstehe ich hier Menschen, welche durch ihre Handlungen bewußt zur Verwirklichung des gesetzten Zweckes beitragen. Augenscheinlich gibt es viele selbständige Zweckvermögen, die ohne solchen Apparat gar nicht bestehen oder doch nicht der Zwecksatzung gemäß verwandt werden können. Wieder scheint es bei andern nach der ersten Einrichtung des menschlichen Zuthuns nicht weiter zu bedürfen: die Sache ist nun einmal da, und der Zweck fordert nichts als dies Dasein. Solche Sache mag Jahre und Jahrhunderte lang ihrem Zweck ungestört verbleiben, fehlt aber der menschliche Apparat, so fehlt der Zwecksatzung auch der civilrechtliche Schutz, dessen definitiver Mangel stets den Bestand der Zwecksatzung gefährdet.

Die Apparatlosigkeit selbständiger Zweckvermögen und die Abgeschlossenheit einzelner Zweckrechte, beide scheinen mit einander zu stehen und zu fallen. Ich möchte die Annahme beider nicht empfehlen, doch werden sich die Thatsachen nicht in Abrede stellen lassen, weder daß manche Zweckrechte zur Zeit eben nur für sich existiren, noch daß manche Zweckrechte zur Zeit ohne Apparat oder doch ohne bekannten Apparat existiren, und daß die Frage, wer zur privatrechtlichen Vertretung befugt sei, in manchen Fällen zu den größten Zweifeln Anlaß geben müßte.

§. 7.

Ich hoffe daß nachgerade das Bild meiner Auffassung dem Leser genügend klar geworden, um eine Vergleichung mit andern Theorieen zu gestatten. Die Anlehnung an Brinzs Zweckvermögenstheorie ist evident, aber ich trete darum doch den älteren Lehren nicht gerade schroff entgegen. Brinz sagte richtig, ich stehe mit den juristischen Personen in Unterhandlung. Diese Unterhandlungen sind jetzt zu einem gewissen Abschluß gediehen, und ich meine danach, daß „juristische Personen“ und „Zweckvermögen“ mit einander sich recht wohl vertragen. Es kommt nur auf das Ausdenken der beiden Begriffe an.

Man muß durch Fiktionen und Personifikationen, und was weiter von Stücken eines entbehrlichen theoretischen Apparats eingemengt worden ist, sich nicht stören lassen, und die Realitäten nehmen wie sie liegen. Mit jeder juristischen Person des gemeinen Sprachgebrauchs wird eine Realität geschaffen. Denken wir uns irgend einen abgeschlossenen Kreis, in welchem bisher nur zehn Personen A, B, C, D, E, F, G, H, I, K, existirt haben: innerhalb dieses Kreises konnten Rechtsgeschäfte geschlossen, es konnten berechtigt und verpflichtet werden nur eben diese zehn Personen A—K. In demselben Kreise kommt jetzt, sei es durch Vereinigung, sei es durch Stiftung, eine juristische Person zu stande; damit hat sich die Zahl der Realitäten welche handeln, verfügen können nicht gemehrt, wol aber die Zahl der Größen, für welche gehandelt, verfügt werden kann, außer A — K gibt es jetzt noch ein elftes X, für das Rechte und wider das Forderungen begründet und geübt werden können.

Nun wäre freilich zu sagen, diese elfte Realität, für welche Rechte und wider welche Forderungen zur Entstehung gelan-

c. Mittelbildungen von halbpolitischer halbprivater Färbung („publici priuatique iuris"); sie sind schwer zu begrenzen, und werden häufig in ihrer Besonderheit verkannt. Ich erinnere an Handelsgesellschaften zu großen politisch wichtigen, namentlich überseeischen Unternehmungen; desgleichen an große Bankvereine, denen vom Staat wichtige Privilegien zugestanden werden, oder bei denen auch der Staat sich wohl selber mit einer Einlage betheiligt. Zu diesen halbpolitischen Gestalten dürften aber auch noch manche andere, namentlich Eisenbahnen Feuersozietäten Landschaften zu rechnen sein; vielleicht mit Unterschied, so daß bei einigen das politische Element weiter trüge als bei andern. Alle näheren Bestimmungen vorbehalten, scheint die Unterscheidung dieser Gruppe von den rein privaten Vereinen immerhin von Wichtigkeit, weil das Recht beider, wenn es auch jetzt noch nicht genügend geschieden ist, doch offenbar zur Unterscheidung drängt. So z. B. lautet A. 242 das D. H. G., bestätigt durch das Gesetz des Norddeutschen Bundes v. 11. 6. 70:

die Aktiengesellschaft wird aufgelöst:

2) durch einen notariell oder gerichtlich beurkundeten Beschluß der Aktionäre.

Zweifellos, daß es eine große Menge von Aktiengesellschaften gibt, für die diese Vorschrift richtig und unbedenklich ist, aber sollten wirklich auch unsere Eisenbahngesellschaften, wenn sie schlechte Geschäfte machen, einfach befugt sein, sich wieder aufzulösen, das ganze Unternehmen zu zerschlagen, das Material und den Bahnkörper stückweis wieder zu veräußern? Ihre positiv rechtliche Befugniß ist durch den angeführten Artikel erwiesen, aber würde sich der Staat einer administrativ oder militärisch wichtigen Bahn dergestalt berauben lassen? und wenn er es nicht wollte, müßte er für den eigenen Erwerb auf alle von der Gesellschaft, wie unter freien

Kontrahenten zu stellenden Bedingungen eingehen? Offenbar kommen wir hier zu vielen noch unausgedachten Fragen; der bloße Hinweis genügt die Aufstellung dieser Kategorien zu erklären.

d. Reine Privatvereine.

B. Nach dem Zweck der maßgebenden Satzung. Alle Satzungen, welche an politische (einschließlich der kirchlichen) Vereine anknüpfen, stehen mehr oder weniger unter dem Zwange politischer Verhältnisse; eine völlig freie Gestaltung des Zwecks erscheint nur bei den unpolitischen Vereinen zulässig. Hier macht sich besonders der Unterschied merklich, ob die Mitglieder des Vereins zugleich Genießer sein sollen oder nicht. Jenes wird die Regel sein, wobei der Genuß dann wiederum von mannigfaltiger Art sein kann: pekuniär und zwar auf Gewinnung positiver Vortheile, wie bei den Dividenden, oder auf Abwendung von Nachtheilen wie bei den Versicherungen gerichtet, oder gesellschaftlich, oder instruktiv u.s.w. Dem gegenüber die Vereine, die nichts für sich und ihre Mitglieder erstreben: z. B. zur Verbreitung der Bibel oder anderer gemeinnütziger Schriften; für die Missionäre; zur Unterstützung bestimmter Klassen Bedürftiger, z. B. der Blinden, der Verwundeten, der Cretins.

C. Nach der Art wie die Mittel des Vereins aufgebracht werden. Namentlich kommen in Betracht:

a. Kapitalseinlagen seitens der einzelnen Mitglieder, wie z. B. bei den Aktiengesellschaften;

b. Zahlung laufender Beiträge;

c. Kreditgewährung seitens der Mitglieder, entweder auf den Betrag ihres ganzen Vermögens, oder nur bis zu bestimmter Höhe.

Die Formen kommen auch gemischt vor, z. B. ist es gar nicht selten, daß auf Aktien nur eine Quote baar eingezahlt und der Rest in Wechseln auf den Aussteller geleistet wird; bei Ge-

genseitigkeitsversicherungen pflegen die Mitglieder einen laufenden Beitrag zu zahlen, zugleich aber zum Nachschuß alles darüber hinaus Erforderlichen sich zu verpflichten. Uebrigens ist durchaus nicht zu erfordern, daß das Vereinsvermögen stets ganz von den Vereinsmitgliedern aufgebracht werde, es können demselben beliebige Zuwendungen von draußen stehenden Dritten gemacht werden; ja es wird sogar als möglich anzunehmen sein, wenngleich in Wirklichkeit der Fall selten ist, daß das ganze Vereinsvermögen von Nichtmitgliedern gegeben, die Vereinsglieder selber also nur an der Verfügung irgendwie betheiligt aber zu einer Leistung selber nicht verpflichtet wären. Die Betrachtung dieser Möglichkeit leitet über zu

D. Nach der Bedeutung des Vermögens für den Verein. Wenn der Verein nur ein ihm überwiesenes Vermögen zu verwalten, selber nichts aufzubringen hat, so folgt ohne weiteres, daß die Thätigkeit und konsequent der Bestand des Vereins erlöschen muß, sobald das Vermögen aufgezehrt ist. Derselbe Satz gilt aber auch bei gewissen anderen Vereinsvermögen, so bestimmt das D. H. G. B. 242, 4, daß eine Aktiengesellschaft aufgelöst wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen. Dagegen ist zweifellos, daß politische und kirchliche Vereine durch den Verlust ihres Vermögens und namentlich durch Konkurs nicht zur Auflösung kommen. Ob auch Privatvereine ohne Vermögen bestehen können, wird noch im § 7 geprüft werden.

Schwieriger scheint es die nicht an einem Vereine haftenden Zweckvermögen abzutheilen, aber auch sie zusammenzufassen; es will sich kein gemeinsames positives Merkmal ergeben, und darum fehlt es schon an dem Namen. „Stiftung" ist noch immer der brauchbarste, doch kaum angethan, die hereditas iacens mitzubegreifen. Auch kommen wir nicht wohl damit durch, die Masse der Nichtvereinsvermögen in „Stiftungen"

und „Erbschaften“ zu theilen, denn die Erbschaft hat manche Eigenthümlichkeiten, doch keine welche den Abschluß einer Gruppe für sich rechtfertige. Eigenthümlich vornehmlich, daß die Zwecksatzung hier nicht auf dem besonderen Wollen des Betheiligten beruht, sondern der Allgemeinwille ein für allemal bestimmend eingreift; doch ist auch dies nichts der Erbschaft ausschließlich zugehöriges, wie schon die gesetzlichen Veräußerungsverbote beweisen, ebenso kommen manche Sachen in das Eigenthum des Staats, sie werden res publicae und res diuini iuris ohne konkrete Zwecksatzung, der Allgemeinwillen ergänzt den Privatwillen bei ihnen ganz ebenso wie bei der Erbschaft. Ferner ist der Zweck bei der Erbschaft nicht blos ein endlicher, sondern auch ein solcher, dessen Erledigung in den meisten Fällen binnen relativ kurzer Zeit abzusehen ist. Zwecksatzungen für ähnlich kurze Zeiträume sind selten, doch keineswegs unerhört; es ist schon der Vereine zur Durchführung eines einzigen Geschäfts gedacht, eben so können Stiftungen abgegrenzt werden, es kann ein Stück Landes hergegeben werden ein Ausstellungsgebäude darauf zu errichten und demnächst wieder abzubrechen, ein Gebäude während einer Epidemie Pocken- oder Cholerakranke aufzunehmen: wer könnte die Möglichkeit leugnen, einer Stiftung zu Gunsten der Arbeiter während des Baues der Eisenbahn, oder zu Gunsten der Familien von Seefahrern während die Männer sich an der Ausführung einer Entdeckungsfahrt betheiligen? Solche Zwecke werden gewöhnlich auch dem lebendigen Willen erreichbar sein, und es kommt deshalb bei ihnen selten zur Fixirung eines Gewollthabens; aber nichts ist zu finden was derartige Zwecksatzungen, wo sie einmal wünschenswerth würden, zu unterlassen geböte. Noch weniger scheint mir das von Brinz (Pand. II 1001) angeregte, aber auch wieder aufgegebene Bedenken zu wiegen, ob man, trotzdem die Erbschaft für den Zweck nicht „verwendet“ werde, sagen könne

daß sie dafür „gehöre?“ „oder ist das Verwendungsrecht in dem Begriffe des Gehörens selbst gelegen?“ Meines Erachtens zeugt schon die Anregung des Zweifels von einer zu unrecht einschränkenden Auffassung der Zwecksatzungen: die Sache soll dem Zweck dienen wie er ist, der Zweck aber kann sein so und anders, er kann die Erhaltung, er kann die Vernichtung der Sache fordern, Erhaltung und Vernichtung können ihm gleichgültig sein. Anlage von Museen, Errichtung von Monumenten, Ueberlassung von Baulichkeiten zu bestimmter Benutzung und viele andern fordern Erhaltung; Ueberweisung eines Baarkapitals zur Verwendung bedingt Vernichtung, nicht weil dies eine Zwecksatzung überhaupt ist, sondern weil gerade die Verwendung in diesem Zwecke liegt; der dritten Art aber wäre die Ueberweisung einer Schuldforderung um die Erträge wohlthätig zu verwenden, ob die Summe immer bei demselben Schuldner auf demselben Grundstücke stehen bleibt, ob sie eingezogen und anderwärts ausgeben wird, steht im Belieben der Stiftungsverwaltung. Ich möchte nicht das mindeste Bedenken tragen, folgende Stiftung als vollgültig anzunehmen.

> Dieses Kapital von 10,000 Thlr. soll sicher zinsbar ausgethan werden, es sollen die alljährlich eingehenden Zinsen ebenso wieder angelegt werden, und nachdem durch einen Zeitraum von 100 Jahren Zinsen und Zinseszinsen angesammelt sind, soll die ganze Masse demjenigen meiner Descendenten ausgeantwortet werden, der nach der Primogeniturordnung alsdann zu berufen sein wird.

Aehnliches ist wenigstens vermischt mit andern Dispositionen schon öfters verordnet und nach dem Willen des Stifters ausgeführt worden.

Wir werden es also für jetzt dabei bewenden lassen müssen, die ruhende Erbschaft ohne besondere Abgrenzung in die Klasse derjenigen selbständigen Zweckvermögen, die Vereins-

vermögen nicht sind, einzureihen. Innerhalb dieser Klasse eine Unterabtheilung je nach der Verschiedenheit der politischen Stellung durchzuführen, scheint wenig fruchtbar, die unter B, C, D, hervorgehobenen Momente zu berücksichtigen geradezu unzulässig. Aber auch andere Verschiedenheiten von größerer Bedeutung, springen hier nicht in die Augen.

Im ganzen stehen die Vermögen dieser Klasse den Personal- (oder Individual-) Vermögen noch etwas ferner als die Vereinsvermögen. Der Verein repräsentirt einigermaßen den lebendig wollenden Inhaber eines Vermögens, die Zwecksatzung hat dem Verein für die Bewegung seines Willens freilich Schranken gezogen, innerhalb derselben aber ist doch noch Raum für spontane Willensbethätigung geblieben. Zumal wo die Vereinsglieder zugleich Genießer sind, und also auf den Genuß auch verzichten könnten, ist die Verfügung keine rein maschinenmäßige. Wol aber da, wo das selbständige Zweckvermögen an keinem Verein haftet: hier findet, prinzipiell wenigstens, die Spontanität durchaus keinen Platz, das todte Gewollthaben allein soll maßgebend sein, die Verwaltung hat nur die eine Aufgabe, die starre Norm zu verwirklichen. Man könnte danach vielleicht: „Personalvermögen" „Vereinsvermögen" und „reine Zweckvermögen" unterscheiden.

Noch mag darauf verwiesen werden, daß die eine Art der II D, erwähnten Vereinsvermögen, wo der Untergang des Vermögens Verein und Zwecksatzung mit sich zu Falle bringt, gleichsam als Zwischenstufe zwischen dem Vereinsvermögen und dem reinen Zweckvermögen erscheint. Glaubt man der Personen außer den Menschen nicht entrathen zu können, so müßte hier nicht sowol der Verein, denn das Vermögen als Träger der Persönlichkeit genannt werden. Auf Grund dieser Beobachtung habe ich früher (Zeitschr. f. H. R. IV 558 f.) wider Andere geleugnet, daß die Aktiengesellschaft Korporation sei,

ein Streit der freilich nicht zum Austrag zu bringen ist, bevor die Gegner sich über die Definition der „Korporation" geeinigt haben.

III. Verschiedenheiten in der Gebundenheit der dem Zwecke dienenden Rechte je nach dem Inhalt des Zwecks (vergl. Brinz Pand. II 998—1000 unter 1, 3; hergehöriges ist auch so eben unter II bei der hereditas iacens ausgeführt.)

A. der Zweck fordert, daß die Sachen, welche Objekt der betreffenden Rechte sind, individuell erhalten bleiben: Denkmäler, Statuen Bilder oder was sonst einem Museum überwiesen wird, Straßen, Plätze, Aquädukte u. s. w.

B. die Sachen sind nicht individuell wol aber ihrem Werthe nach dem Zweck zu erhalten: Stiftungskapitalien, Fideikommißvermögen soweit die Stücke desselben nicht unter A. fallen, u. s. w.

C. die Sachen sollen oder können für den Zweck verzehrt wer- Ich schenke 1000 Thlr. einer Gemeinde unter der Satzung, entweder (B) daß nur die Rente davon armen Gemeindemitgliedern zufließe, oder (C) um jetzt sofort Brennholz für die Bedürftigen zu kaufen, oder auch nach Belieben im Interesse der Gemeinde es sonst zu verausgaben oder zu behalten.

Ersichtlich daß Ein Vermögen Bestandtheile der drei Arten enthalten kann, und zwar ein Personalvermögen sogut wie ein Vereinsvermögen und wie ein reines Zweckvermögen. Doch ist zu beachten, daß die Intensität des Gebundenseins der Sache in verschiedenen Abstufungen vorkommt. Die Sache soll individuell dem Zweck erhalten bleiben; aber sie wird nun doch veräußert: was ist die Folge? — Kann sein daß die wider Verbot geschehene Veräußerung an sich rechtsbeständig, der Veräußerer nur persönlich verantwortlich wäre. Aber das Band kann auch kräftiger sein: die Veräußerung ist zunächst nicht

rechtsbeständig, aber sie kann doch nachträglich rechtsbeständig werden, wenn nicht anders durch irgend eine Art der Verjährung. Und noch stärker könnte das Band sein: die Veräußerung ist und bleibt nichtig die regelmäßige Verjährung ist ausgeschlossen, vielleicht auch die außerordentliche (res publicae, res diuini iuris).

Es drängt sich hier eine Frage ein, die vielleicht an anderer Stelle besser zu behandeln wäre. Können solche Sachen zu A, bei höchster Intensität der bezüglichen Zwecksatzung denn überhaupt noch als Theile eines anderen Vermögens gelten, oder bedingen dieselben allemal ein für sich abgeschlossenes Vermögen? Kann man sagen, daß Wege Plätze Festungswerke u. s. w. u. s. w. zu dem Vermögen von Staaten oder Städten, daß Kirchen (Gebäude) und der ganze Apparat des Religionsdienstes zu dem Vermögen der kirchlichen Korporationen gehören? — Wenn heute die Gläubiger Exekution vollstrecken ließen wider die Stadt oder die Kirchengemeinde, diese Sachen müßten unberührt bleiben; ebenso gewiß daß sie auch nicht (wie etwa gleichfalls unantastbare Kapitalien) regelmäßige Erträge in die fraglichen Vermögen liefern und mit der Zeit zur Befriedigung der Gläubiger beitragen. Dennoch ist die Möglichkeit des Zusammenhangs mit einem andern Vermögen nicht in Abrede zu stellen. Erstens der möglichen unregelmäßigen Erträge wegen: im Grundstück könnte ein Schatz gefunden werden, oder ein werthvoller Meteorstein könnte hineinschlagen, der Becher und die gestickte Altardecke können auf der Ausstellung Prämien erhalten. Zweitens weil schließlich doch jede Zwecksatzung einmal aufzuheben ist: die Stadt wird verlassen, die Religionsgemeinschaft löst sich auf; und wir brauchen gar nicht so fern zu blicken, die Verwandlung der Festungswerke und anderer öffentlichen Anlagen in Privatbauplätze gehört zu den ganz gewöhnlichen Vorgängen unserer

Zeit. Drittens kommt der Rechtsschutz in Frage: all diese Sachen können doch auch des im Civilprozeß durchzuführenden Privatrechtsschutzes nicht ganz entbehren, bei den Grundstücken kommen Grenzstreitigkeiten vor, Dritte maßen sich die außerordentlichen Erträge an, das Kirchengold ist gestohlen eingeschmolzen und befindet sich jetzt beim gutgläubigen Erwerber, wer hat die Vindikation?

In diesen Ausführungen liegt zugleich die Rechtfertigung des vorher beiläufig ausgesprochenen Satzes, daß diese selben Arten der Gebundenheit auch in Beziehung auf ein Personalvermögen vorkommen können. Und wenn es niemals vorgekommen wäre, undenkbar wäre es nichtsdestomehr, daß ein Denkmal z. B. unter einer absoluten Zwecksatzung (A) von höchster Intensität stünde und gleichwol als zu einem Privatvermögen zugehörig angenommen werden müßte: die außerordentlichen Revenuen fielen in das Privatvermögen; wenn dereinst die Zwecksatzung, vielleicht durch Gesetz, beseitigt würde, so müßten Boden und Superfizies ununterschiedene Theile eben dieses Vermögens werden; dem Verfüger des Vermögens stünde auch der Privatrechtsschutz des Denkmals zu.

Noch ist hier zweier Gegensätze zu gedenken, die mit dem zuletzt berührten ersichtlich in einigem Zusammenhange stehn.

IV. Die Zwecksatzung kann für ein einzelnes Recht oder für eine Mehrzahl von Rechten gegeben sein, welche sie alsdann zu einem Vermögen zusammenschließt. Theoretisch wird diese Gegenüberstellung leicht zu vertheidigen sein: es ist sehr wohl denkbar, daß nur ein einziges Recht, das Recht an nur Einer Sache diesem Zwecke dienen soll. Eine Statue, Eine Säule, Ein Bauwerk soll das Gedächtniß an diesen Mann an dies Ereigniß erhalten. Es liegt den Gedanken des Zwecksetzers ebenso fern, daß zu dieser Einen Sache für dieselbe Erinnerung noch irgend

etwas anderes, Geld oder Geldes Werthes, hinzuerworben werde, wie er nicht will, daß die Eine Sache je wegen Schulden in Anspruch genommen werden könne. Ob derartige Zwecksatzungen praktisch empfehlenswerth, ist eine andere Frage: wohin kommen in solchem Falle die außerordentlichen Einnahmen? woraus sind die Kosten etwa erforderlicher Reparaturen zu bestreiten?

In der Stadt Z hat ein Komite gesammelt, dem verstorbenen Bürgermeister ein Denkmal zu setzen. Ein Platz, 15 Fuß im Geviert ist in den öffentlichen Anlagen erworben; ein Granitsockel, darauf die Marmorbüste, darum ein Eisengitter. Nach Bestreitung aller Kosten, auch für die Einweihungsfeierlichkeit verbleiben noch 67 Thlr. An einem schönen Sommerabend ziehen lustige Bürger durch die Anlagen, die Dankbarkeit treibt sie, dem Herrn Bürgermeister die Welt auch von der andern Seite zu zeigen; bei dem Versuch die Büste umzudrehen fällt diese hinunter, bekommt Brüche und Splitter. Der Schaden ist nicht geradezu irreparabel, aber die Reparatur wird erheblich mehr als die 67 Thaler kosten, und die Wiederaufstellung ohne Reparatur ist unmöglich. — Daß das Denkmal in irgend einem Rechte steht, wird jeder zugeben, aber in wessen? — Gehört dasselbe zum Stadtvermögen? einschließlich der 67 Thaler? so daß die Stadt auch die a. l. Aquiliae hat? aber auch, wo diese ohne Erfolg bleibt, das erforderliche aus eigenen Mitteln zuschießen muß? überhaupt die sämmtlichen weiteren Erhaltungskosten aufzubringen hat? — Oder steht das Recht am Denkmal für sich? oder doch nur mit dem an den 67 Thalern zusammen? und wer ist der Verfüger dieses oder dieser Rechte? darf namens des Denkmals geklagt werden? und woraus wären die Kosten zu bestreiten, bei etwaigem Verluste des Prozesses, wenn zufällig die 67 Thaler bereits aufgebraucht sein sollten? würde das Denkmal eventuell auch be-

klagt werden können, wegen gegebener Vorschüsse, oder auf cautio damni infecti?

Die Möglichkeit beider Konstruktionen wird schwer zu bestreiten sein, aber auch die Bedenklichkeit der Annahme solcher vereinzelten Zweckrechte ist kaum zu übersehen. Aehnliche Wahrnehmungen kehren wieder bei

V. dem Gegensatze von Zwecksatzungen mit und ohne Apparat zur Ausführung des gesetzten Zweckes. Unter dem „Apparat" verstehe ich hier Menschen, welche durch ihre Handlungen bewußt zur Verwirklichung des gesetzten Zweckes beitragen. Augenscheinlich gibt es viele selbständige Zweckvermögen, die ohne solchen Apparat gar nicht bestehen oder doch nicht der Zwecksatzung gemäß verwandt werden können. Wieder scheint es bei andern nach der ersten Einrichtung des menschlichen Zuthuns nicht weiter zu bedürfen: die Sache ist nun einmal da, und der Zweck fordert nichts als dies Dasein. Solche Sache mag Jahre und Jahrhunderte lang ihrem Zweck ungestört verbleiben, fehlt aber der menschliche Apparat, so fehlt der Zwecksatzung auch der civilrechtliche Schutz, dessen definitiver Mangel stets den Bestand der Zwecksatzung gefährdet.

Die Apparatlosigkeit selbständiger Zweckvermögen und die Abgeschlossenheit einzelner Zweckrechte, beide scheinen mit einander zu stehen und zu fallen. Ich möchte die Annahme beider nicht empfehlen, doch werden sich die Thatsachen nicht in Abrede stellen lassen, weder daß manche Zweckrechte zur Zeit eben nur für sich existiren, noch daß manche Zweckrechte zur Zeit ohne Apparat oder doch ohne bekannten Apparat existiren, und daß die Frage, wer zur privatrechtlichen Vertretung befugt sei, in manchen Fällen zu den größten Zweifeln Anlaß geben müßte.

§. 7.

Ich hoffe daß nachgerade das Bild meiner Auffassung dem Leser genügend klar geworden, um eine Vergleichung mit andern Theorieen zu gestatten. Die Anlehnung an Brinzs Zweckvermögenstheorie ist evident, aber ich trete darum doch den älteren Lehren nicht gerade schroff entgegen. Brinz sagte richtig, ich stehe mit den juristischen Personen in Unterhandlung. Diese Unterhandlungen sind jetzt zu einem gewissen Abschluß gediehen, und ich meine danach, daß „juristische Personen" und „Zweckvermögen" mit einander sich recht wohl vertragen. Es kommt nur auf das Ausdenken der beiden Begriffe an.

Man muß durch Fiktionen und Personifikationen, und was weiter von Stücken eines entbehrlichen theoretischen Apparats eingemengt worden ist, sich nicht stören lassen, und die Realitäten nehmen wie sie liegen. Mit jeder juristischen Person des gemeinen Sprachgebrauchs wird eine Realität geschaffen. Denken wir uns irgend einen abgeschlossenen Kreis, in welchem bisher nur zehn Personen A, B, C, D, E, F, G, H, I, K, existirt haben: innerhalb dieses Kreises konnten Rechtsgeschäfte geschlossen, es konnten berechtigt und verpflichtet werden nur eben diese zehn Personen A—K. In demselben Kreise kommt jetzt, sei es durch Vereinigung, sei es durch Stiftung, eine juristische Person zu stande; damit hat sich die Zahl der Realitäten welche handeln, verfügen können nicht gemehrt, wol aber die Zahl der Größen, für welche gehandelt, verfügt werden kann, außer A — K gibt es jetzt noch ein elftes X, für das Rechte und wider das Forderungen begründet und geübt werden können.

Nun wäre freilich zu sagen, diese elfte Realität, für welche Rechte und wider welche Forderungen zur Entstehung gelan=

(Kiel), X 126 (Jena), IX 261 XX 203 (Darmstadt), XVIII 111 (Oldenburg), XXI 207 (Kassel). Selbstverständlich erscheint, daß auch derjenige, dem nur eben das allgemeine Gebrauchsrecht zusteht, bei Uebung desselben die Schranken einzuhalten hat, welche der gesetzte Zweck bedingt, und nicht durch seinen Genuß den der andern unmöglich machen darf. Beispielsweise darf ich die öffentlichen Land- und Wasserstraßen nicht durch meine Benutzung für die Uebrigen unbrauchbar machen, was einzelne Erkenntnisse seltsamerweise übersehen, V 3 (Lübeck), IX 35 (Celle).

Zur Herstellung einer Zwecksatzung erfordern wir, wie dies in § 5 schon weiter ausgeführt ist, die Willenserklärung des Verfügungsberechtigten und die staatliche Anerkennung derselben, ausnahmsweise kann auch der Staatswille den Individualwillen ersetzen (fingiren), wie bei der hereditas iacens. Die Willenserklärung kann sein eines Einzelnen oder Mehrer, die gemeinschaftlich den Zweck setzen; unter Lebenden oder auf den Todesfall; ausdrücklich oder stillschweigend, bei der Gründung von Gemeinden und Genossenschaften hat es oft an allen eingehenden Verabredungen gefehlt, ebenso ist die Wirkung der Unvordenklichkeit vielfach auf den allen Betheiligten gemeinsamen aber doch unausgesprochenen Willen zurückzuführen (vergl. z. B. II 8 Dresden). Eine Annäherung der stillschweigenden an die fingirten Zwecksatzungserklärungen scheint unleugbar. Die staatliche Anerkennung aber kann sein sowol eine gewohnheitliche wie eine gesetzliche, lex generalis wie constitutio personalis. Hierin steht die Zwecksatzung der Zuwendung prinzipiell völlig gleich, doch ist bereits bemerkt, wie unumstößliche Nützlichkeitsgründe die beschränktere Anerkennung der Zwecksatzung fordern; wieweit diese Nützlichkeitsrücksichten im einzelnen Folge zu geben ist, liegt außerhalb der Grenzen dieser Untersuchungen.

Nur einiges allgemeinere ist hier noch zu berühren. Regelmäßig ist Gleichzeitigkeit der Erklärung des Individualwillens und der staatlichen Anerkennung nicht zu erfordern, offenbar auch nicht zu ermöglichen. Für die Erklärungen unter Lebenden werden hieraus Bedenken kaum erwachsen, wol aber für die auf den Todesfall. In welchem Rechtsverhältniß stehen die letztwillig unter eine Zwecksatzung gestellten Rechte bis zum Erlaß des die staatliche Anerkennung aussprechenden Spezialgesetzes. Noch nicht unter der Zwecksatzung, denn selbstverständlich denken wir an einen Fall, der diese Spezialanerkennung fordert; aber auch nicht unterschiedslos zur Masse des Nachlasses, von welcher der Erblasser diese Stücke abzusondern geboten hat. Doch scheint die Aushülfe nicht schwierig und, da die neueren Erkenntnisse derartige Verfügungen, daß aus dem Nachlaß Stiftungen zu machen seien, aufrecht zu erhalten pflegen (vergl. I 97 Dresden, XI 9 Berlin, XIV 103 Celle, XVI 232 Mannheim, XVIII 4 Wiesbaden), auch praktisch bereits gefunden zu sein. Offenbar ist dies Rechtsverhältniß dem der hereditas iacens nahe verwandt, es handelt sich um Rechte, die den bisherigen Verfüger verloren, den neuen aber noch nicht gefunden haben, und die nun für diesen und die von ihm zu verfolgenden Zwecke in der Zwischenzeit möglichst unversehrt erhalten werden sollen. Wie bei der Erbschaft ist der Zweck die interimistische Erhaltung, doch braucht der Privatwille (daß die Rechte bis zur staatlichen Anerkennung gehütet und zusammengehalten werden sollen) hier in keinem Falle fingirt zu werden, er ist wenn nicht ausdrücklich ausgesprochen in der Stiftungsverfügung mitenthalten; die staatliche Anerkennung dieser Zwecksatzung aber beruht bisher überwiegend auf der Gewohnheit.

Welche Stiftungen nützlich, welche unnütz oder gar schädlich zu achten sind, hängt von den besonderen Verhältnissen des Orts

tische Vereine (wie z. B. Aktiengesellschaften) mit der Eröffnung des Konkurses als aufgelöst gelten; a contrario ist hieraus (H. G. B. 242, 4) zu folgern, daß materielle Insuffizienz vor der Eröffnung des Konkurses den Untergang nicht nach sich zieht, schließt die blos insuffiziente Gesellschaft neue günstige Geschäfte, so ist die Gültigkeit derselben durchaus nicht zu bestreiten.

Ueberhaupt werden formale (Konkurs) und materielle Insuffizienz, bei Vereinsvermögen Stiftungen und Erbschaften scharf auseinander zu halten sein. Für zweifellos halte ich, daß auch andere nichtpolitische Vereine als die Aktiengesellschaften durch die Konkurseröffnung aufgelöst werden können, und daß die blos materielle Insuffizienz den Untergang als mittelbare Folge nach sich ziehen kann. Jeder Verein der unter rechtlicher Zwecksatzung steht, bedarf zur Erreichung seines Zwecks Mittel von Geldeswerth, gehen ihm diese völlig aus, so muß er seine Thätigkeit erst provisorisch, demnächst definitiv einstellen, der definitiv unthätige Verein aber hat thatsächlich zu bestehen aufgehört. Dagegen kann es vielen Vereinen völlig indifferent sein, ob sie im einzelnen Augenblick mehr Passiva als Aktiva haben, und es würde zu den ärgsten Chikanen beiderseits führen, wenn man gestatten wollte auf die zeitweilige Insuffizienz Einreden zu stützen, als ob während derselben Zeit der Verein rechtlich nicht bestanden hätte. Ganz ebenso unbedenklich, daß das völlige Defizit der Aktiva, neben welchem das Dasein oder Nichtdasein von Passiven selbstredend indifferent wäre, nicht sofortige Auflösung des Vereins bewirkte; der Verein würde nur, falls er nicht gleich wieder Kredit fände, seine Thätigkeit einstweilen einstellen müssen bis daß er Kredit gefunden oder neue Aktiva ihm zugeflossen. — Nicht so unbedenklich ist die Konkurseröffnung über das Vermögen von Vereinen, wenn in Gesetz und Statuten nichts besonderes darüber verordnet ist. Ich

meine es lasse sich vertheidigen, daß der Verein falls er nach dem Konkurse wieder zu Kredit oder zu eigenen Mitteln gelangen könne, nicht als mit dem Konkurse vernichtet betrachtet werde. Jedesfalls verhält sich diese Frage zur entsprechenden Frage bei Stiftungen also, daß wenn Stiftungen den Konkurs überdauern können, Vereine dies erst recht können müssen, wogegen wenn der Konkurs die Aufhebung der Stiftung stets bedingen sollte, dasselbe darum für die Vereine nicht mit Nothwendigkeit anzunehmen wäre.

Betrachten wir die Abhängigkeit der Stiftungen von ihrem Vermögen am konkreten Beispiel. In C—n besteht eine Stiftung zur Unterstützung heruntergekommener Handwerker: derselben waren von dem Zwecksetzer ein Paar tausend Thaler überwiesen, die statutengemäß für den Zweck angegriffen werden durften; sie sind längst aufgezehrt und seit Jahren arbeitet der Apparat der Stiftung mit Geldern, die aus freien Beiträgen (Geschenken an die Stiftung), bald reicher bald spärlicher fließen. Die Unterstützung geschieht zunächst so, daß Handwerkern Arbeit zugewiesen wird, daneben daß ihnen theils Handwerkszeug und Material zur Verarbeitung in Natur geliefert, theils die Mittel zur Beschaffung bald vorgeschossen bald geschenkt werden. Es hat Zeiten gegeben, wo die Schulden dieser Stiftung die vorhandenen Kapitalbestände erheblich überstiegen, das ist seitens der Direktion nicht ohne Ostentation publizirt, in der gerechtfertigten Erwartung, daß die gestiegene Bedürftigkeit zu größeren Beiträgen anregen würde. Mit dem auch meist nicht genau zu bestimmenden und kaum je greifbar hervortretenden Momente der beginnenden materiellen Insuffizienz Vernichtung der Stiftung anzunehmen, für die fortab bis auf weiteres kein Rechtsgeschäft gültig abgeschlossen werden könnte, würde eine höchst unpraktische Prüderie sein.— Aber kann man sagen, daß das temporäre vollständige Ein-

gehen der Aktiva die Stiftung vernichten würde? Die also vor dem Untergang bewahrt bliebe, wenn das Direktorium ein einziges Geldstück in seiner Kasse behielte? — Oder daß die Stiftung inzwischen von Passiven allein getragen werden könne (was Brinz Pand. II 1133 anzunehmen scheint)? Die Aufrechterhaltung auf dem harmlosen Umwege der Erzeugung kleiner Schulden ad hoc wäre noch leichter. Zum Einschlagen der Umwege dieser und jener Art ist kein ausreichender Grund erfindlich. Gerade sogut wie die überschuldete kann die für den Augenblick aktiven- und auch passivenlose Stiftung bis auf weiteres fortbestehen. Man vergegenwärtige sich die praktischen Folgen des Gegentheils: die namens der Stiftung kontrahirte Anleihe, die später gezahlten Beiträge kämen der Stiftung nicht mehr zu, sie könnte Handwerkern nichts mehr geben, nichts versprechen. Beiläufig noch daß die Errichtung einer neuen Stiftung der Art in C—n ein Patent erfordern würde. Und der Eintritt oder Nichteintritt solcher Rechtswirkungen sollte abhängig sein von dem Nachweis eines Minimalbestandes von Aktiven oder Passiven?

Weit schwieriger aber ist die Bestimmung der Wirkungen des Konkurses. Zunächst scheint klar, daß die Eröffnung des Konkurses nicht vernichten kann, beispielsweise wenn derselbe irrthümlich eingeleitet wäre, wenn die Handwerker, die zahlungsunfähig schienen, nun plötzlich die erhaltenen Darlehen alle zurückzahlten und dadurch die vollkommene Solvenz unserer Stiftung zu Tage trete. Also erst die Konstatirung der Insolvenz könnte vernichten: aber wie wenn die Unterbilanz sich auf wenige Hunderte beliefe, Wohlthäter die Feststellung derselben hätten abwarten wollen, und am Tage nach der Ausschüttung der Stiftung ebensoviele Tausende schenkten? Sollen wir den Akt für nichtig, die Befriedigung der Gläubiger der aufgehobenen Stiftung daraus für unzulässig erklären?

Was insbesondere noch Erbschaften anlangt: materielle Insuffizienz vernichtet die hereditas iacens als solche zweifellos nicht. Aber auch nicht die Konkurseröffnung oder das Konkurserkenntniß. Denken wir daß bei letzterem irgend ein Aktivum unbeachtet geblieben, entweder weil niemand davon gewußt oder weil alle es für absolut werthlos gehalten, beispielsweise eine in einem anderen Konkurse ausgefallene Forderung, unerwartet ergibt sich ein neuer Aktivbestand, mehr als ausreichend zur Befriedigung unserer Gläubiger: stünde der etwa nicht mehr im Rechtsverhältniß der hereditas iacens?

Indem ich also der schon von Beseler D. P. R. § 72e, Sintenis Civ. R. I § 15, II, Windscheid Pand. I § 61 vertretenen Meinung entschieden mich anschließe, muß ich doch die Berechtigung der von Brinz Pand. II 1138, aufgeworfenen Frage anerkennen, wann denn, falls der Vermögensverlust selber nicht vernichte, die Aufhebung der juristischen Person in Folge Vermögensverlustes eintreten werde? — Sobald die Mittellosigkeit und daher die Unmöglichkeit den gesetzten Zweck zu erfüllen eine definitive wird. Wann das der Fall, das ist, wo (was hier durchgängig anzunehmen) Gesetz und Statuten uns im Stiche lassen, quaestio facti und wird gemeinhin zumeist durch das Verhalten der mit der Verfügung betrauten Personen entschieden werden. Lassen diese die Zwecksatzung fallen, die kein Anderer aufnimmt oder aufnehmen kann, so fällt sie eben. Der entscheidende Augenblick mag nicht zu bestimmen sein, aber über das Gefallensein werden im Publikum bald doch keine Zweifel mehr bestehen. Vielleicht empföhle sich's durch Spezialgesetzgebung Verjährungsfristen nach dem Vermögensverfall von dem letzten Akt des Zwecksatzungsapparats als solchen festzusetzen.

Daß diese Vertheidigung der juristischen Personen überhaupt eine gewisse Hinneigung zu den älteren Theorieen bedingt, ins-

besondere zu der Savigny=Puchtaschen, mag schließlich gern eingeräumt werden. Aber diese älteren Theorieen haben sich zuviel mit dem was in Wirklichkeit nicht[8]) ist, was künstlich geschaffen fingirt personifizirt werden soll, und zu wenig mit dem zu thun gemacht, was in Wirklichkeit da ist. Daher die Verschwommenheit der theoretischen und die Widersprüche der praktischen Resultate.

---

8) Puchta, sonst Meister der Darstellung, sagt in dem einen § 25, Pandekten und Vorlesungen zusammengestellt,

a) die Gesammtheit oder der Zweck selbst ist in solchen Fällen als berechtigtes Subjekt betrachtet und somit als Person fingirt worden

und

b) die verschiedenen Arten juristischer Personen ordnen sich in zwei Klassen. Das Subjekt der Persönlichkeit kann
   1) ein Verein von natürlichen Personen sein,
   2) ein Vermögen.

Mit a) könnten wir beinahe einverstanden sein, wenn nur „Gesammtheit" und „Zweck" gleichartige Größen wären; indessen läßt sich aus dem voraufgehenden entnehmen, daß P. unter dieser mangelhaften Bezeichnung „die Bestimmung [Zwecksatzung] für die Gesammtheit oder einen andern Zweck" verstanden wissen will. Dann aber ist b) ungenau, indem dann das körperlich greifbare „Verein" „Vermögen" als Subjekt bezeichnet zu werden scheint, was § 26 korrigirt:

> Das Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten des Vereins ist das Ganze, die juristische Person, die etwas von allen einzelnen Gliedern verschiedenes ist.

Aber ebenso verschieden ist dieser ideale „Verein" auch von der „Bestimmung für den Verein", so daß die Summe aller dieser Definitionsversuche unbefriedigend ausfällt. — Der Fehler liegt an der Methode, die nichts weniger als historisch, sondern philosophisch oder pseudophilosophisch ist. Alle Rechte haben Subjekte, also auch die Stiftungen und Vereinen zuständigen Rechte, und wenn bei diesen ein Subjekt doch nicht zu finden sein sollte, so wird es gemacht.

§ 8.

Ein Blick auf die Praxis der Gegenwart zeigt den überwiegenden Einfluß, den die Theorie auf dieselbe übt: wir sind so gut geschult, daß wir uns schwer entschließen zu einem Urtheilspruch, den wir nicht innerlich zu begründen wüßten. Der deutsche Richter, zumal der höherer Instanzen, wird lieber einmal eine Entscheidung treffen, die den Anforderungen des Lebens, dem allgemeinen Billigkeitsgefühl ersichtlich widerstrebt, als die ohne allen theoretischen Unterbau vom Standpunkte der Wissenschaft aus betrachtet in der Luft zu schweben scheinen müßte. Fern von mir dies zu tadeln, auch ich glaube, daß dies die Methode ist, die allein unserm Bildungsstande entspricht, und zu wirklicher Förderung des Rechts, freilich bisweilen auf Kosten der Einzelnen hinführt. Gerade für unser Feld gibt Seufferts Archiv verhältnißmäßig viel Erkenntnisse, die vom Richter sicherlich nicht leichtes Herzens gesprochen sind: durum est, sed theoria ita scripta est.

Die Beurtheilung der verschiedenen Theorieen wird hiernach zwei Momente zu beachten haben, ein positives und ein negatives: in die Wage fällt nicht blos was aus einer Theorie folgt, sondern auch was aus derselben nicht folgt, insofern dasselbe nämlich aus andern Theorieen herzuleiten wäre.

Aus meiner Auffassung folgt, wie damit bereits Brinz vorangegangen, die Koordinirung der s. g. res extra commercium, und der Sachen der s. g. juristischen Personen, hier und da Rechte, die unter einer Zwecksatzung, unter einem geschützten Gewollthaben stehen. Dies paßt nicht auf die res communes omnium, deren eigenthümliche Behandlung lediglich aus ihrer physischen Beschaffenheit zu erklären ist, die in Wirklichkeit unter ganz anderen Rechtsregeln stehen als die anderen res extra c., und die meines Erachtens auch theoretisch völlig von die-

sem zu trennen wären. Auf die Abgrenzung beider, die nicht ohne Schwierigkeiten ist, kann hier nicht näher eingegangen werden.

Betreffs der nach dieser Ausscheidung verbleibenden res e. c. interessirt uns weniger was sie nicht sind, nicht im Verkehr wenigstens nicht im gemeinen, als was sie dabei sind, daß und in welchen Rechtsverhältnissen sie stehen (ähnlich außer Brinz einige andere Neuere, vergl. Berchtold in der Krit. Viertschr. XIII 120, auch die Streitschriften in dem bekannten Basler Festungswerkstreit). Die Theorie, welche, wol zumeist des Namens wegen, diese Sachen alle ganz aus dem Verkehr weisen, kein Privatrecht an denselben, keine gerichtliche Entscheidung über dieselben zulassen wollte, hat manchen Schaden gestiftet. An all diesen Sachen bestehen Rechte, freilich durch Zwecksatzung gebunden, die übrigens Verfüger und Genießer so gut haben und haben müssen, wie die vom freien Willen abhängigen Rechte. Und wie wir gesehen, braucht die Zwecksatzung keineswegs die Nutzbarkeit ihres Objekts zu erschöpfen: wie die Zwecksatzung Rechte betreffen kann, die darum nicht aufhören einem Personalvermögen anzugehören, ebenso können umgekehrt einzelne Personal- (Privat-)rechte vorkommen an den Stücken eines Zweckvermögens, desgleichen an den Objekten selbständiger Zweckrechte, z. B. an öffentlichen Flüssen und Wegen. Nur soweit der Zweck fordert sind die Personalrechte an diesen ausgeschlossen, kein Einzelner kann eine Berechtigung haben, den öffentlichen Weg zu sperren, den öffentlichen Fluß abzuleiten oder sonst zur Behinderung des allgemeinen Gebrauchs zu verändern. Aber wo der gesetzte Zweck nicht in Frage kommt, ist die Begründung beliebiger Personalrechte zulässig: Mühlengerechtigkeiten, Fischerei, Wasserleitungen die nicht das dem Gemeingebrauch erforderliche Wasser entziehen, auch Brückengerechtigkeiten, wo die Schiff-

fahrt darunter nicht leidet, wären denkbar; Rechte auf die Früchte der Obstbäume am Wege, am Grase der Gräben. Andererseits haben wir beim Leinpfad ein Zweckrecht an Grundstücken, die im Personaleigenthum stehen.

Was ich hier deduzire, verträgt sich zum besten mit den Resultaten, bei welchen unsere Praxis angelangt ist, d. h. den praktischen Resultaten, denn ihre theoretischen Bedenken treten oft sehr deutlich hervor und haben bisweilen auch das Material der Entscheidungen beeinflußt. Jena (Seuff. Arch. XVII 246) stillschweigend, durch Abänderung eines auf der entgegengesetzten Theorie beruhenden Erkenntnisses erster Instanz, Darmstadt (S. A. XVII 99, vgl. XVIII 7, XXII 10) ausdrücklich anerkennen Privatrechte an öffentlichen Gewässern, auch Besitz (XX 203) derselben; Stuttgart (XXII 117 N. I u. II) nimmt wenigstens Rechtsschutz dafür an. Richtig entscheidet Kassel (XVIII 5), daß das Bett von öffentlichen Kanälen und Flüssen im Privateigenthum verbleiben könne, ebenso Stuttgart (XIV 201, 247), entgegengesetzt Darmstadt (XXI 206) mit dessen theoretischen Erwägungen Stuttgart (XXII 212, 117 N. III) übereinzukommen scheint. Ueber den Leinpfad Kassel (II 260); minder klar Darmstadt (XXII 115, vergl. XXII 116).

Augenscheinlich führt meine Auffassung zur Annahme einer ausgedehnten Kompetenz der Gerichte: es liegt für uns durchaus kein Grund vor, einen Streit über die Benutzung eines öffentlichen Wassers den Administrativbehörden entweder durchgängig oder auch nur da anheimfallen zu lassen, wo die Nutzungsrechte auf staatlicher Konzession beruhn, wie jenes von der unteren dies von der obersten Instanz zu Stuttgart (XIV 247) angenommen worden; unseren Anschauungen nähern sich Darmstadt (XVII 99, XX 203, XXII 176), Wolfen-

büttel (XXII 197) auch Stuttgart in andern Entscheidungen (XIV 201 und XXII 117).

Besondere Schwierigkeiten machen die Rechte der Gemeinden Genossenschaften Korporationen, z. B. an Wegen Wäldern Weiden, bei denen die Nutzung den Einzelnen zukommt; die Theorie müht sich, das Subjekt derselben festzustellen, und von hieraus zur Lösung der einzelnen Fragen vorzuschreiten, daß sie bisher nicht viel Klarheit und Gewißheit unter den Betheiligten verbreitet hat, ergibt sich aus der großen Menge der Prozesse die über derartige Sachen geführt werden. Sehe ich recht, so trägt gerade dies Nachspüren nach dem Subjekt am meisten Schuld an den unbefriedigenden Ergebnissen. Wir fragen, wer hat die Verfügung, wer den Genuß; und wir anerkennen zugleich, daß Verfügung und Genuß zwischen Mehren gleich und ungleich getheilt sein kann. Hiernach ist nichts dawider zu erinnern, daß die Gesammtheit klagt und beklagt wird, obgleich die Gesammtheit als solche nichts (nämlich keinen Genuß nur Verfügung) von den betreffenden Rechten hat, aber wir sind darum doch nicht gezwungen den Einzelnen die Klagberechtigung, so wenig im innern wider den Gemeindevorstand oder die Majorität der Korporationsglieder, wie nach außen wider dritte Interessenten abzusprechen; die Einzelnen haben den Genuß, aber nicht blos den Genuß, auch Verfügung neben den Vertretern der Gesammtheit.

Interessanter ist der Fall, der in I 312 behandelt wird. Eine Minorität der Dorfgemeindeglieder nimmt einen Wald als Gemeindesache in Anspruch, die Majorität, die zugleich die Majorität des Vorstandes für sich hat, behauptet daß derselbe in ihrem, der s. g. Neunundzwanziger alleinigen Rechte stehe. Jena hat im Gegensatz zu den unteren Instanzen die Klage der Minorität, als Klage der Gemeinde zugelassen, da die Stimmen derjenigen Glieder der Gemeinde die Privatrechte

für sich geltend machten, d. h. hier aller Glieder der Majorität nicht mitzuzählen seien. Die Entscheidung, daß die Glieder der Minorität klagen können ist zu billigen; aber auch die Begründung? Also wenn von den 25 Minoritätsgliedern 13 nicht klagen wollten, die ärmsten die vielleicht in faktischer Abhängigkeit von den Neunundzwanzigern stünden, so wäre den übrigen 12 nicht zu helfen? und wie beseitigt sich bei der uniuersitas ordinata der Widerspruch des Vorstands; ist jemand außer dem Vorstande berechtigt, namens der Gemeinde zu klagen; oder wäre ein neuer Vorstand ad hoc zu wählen? — Oder schattiren wir den Fall etwas anders: der Wald befindet sich augenblicklich im Besitz eines Dritten, der Vorstand weigert sich namens der Gemeinde Klage zu erheben, die Majorität der Gemeindeglieder stimmt damit überein; jener Dritte ist vielleicht ein reicher Herr, der Vorstand besteht aus seinen Kreaturen, die Majorität setzt sich aus den kleinen Leuten zusammen, die gegen den großen Nachbar nicht aufzutreten wagen; ist die Minorität der wohlhabenderen selbständigen Gemeindeglieder darum wehrlos? — Eine Klage einzelner Glieder wird, gleichfalls im Widerspruch zur unteren Instanz, zugelassen von Lübeck (X 125) aber auch mit mehr Bedenken, als wol nöthig.

Daß an den res publicae Berechtigungen von verschiedenem Umfange vorkommen können, ist in vielen Entscheidungen anerkannt, z. B. von Darmstadt (XVII 93, vergl. XVIII 7, XXII 10), allgemeines Gebrauchsrecht und bevorzugte Rechte Einzelner. Ueber die Begründung dieser letzteren herrscht kein Einverständniß, ob nur durch staatliche Konzession und Unvordenklichkeit. Auch die Begrenzung derselben ist nicht ganz leicht: bei der Uebung ist Rücksicht zu nehmen ebenso auf das allgemeine Gebrauchsrecht wie auf die gleichfalls bevorzugten Rechte Anderer, vergl. V 140 (München) VIII 110

(Kiel), X 126 (Jena), IX 261 XX 203 (Darmstadt), XVIII 111 (Oldenburg), XXI 207 (Kassel). Selbstverständlich erscheint, daß auch derjenige, dem nur eben das allgemeine Gebrauchsrecht zusteht, bei Uebung desselben die Schranken einzuhalten hat, welche der gesetzte Zweck bedingt, und nicht durch seinen Genuß den der andern unmöglich machen darf. Beispielsweise darf ich die öffentlichen Land- und Wasserstraßen nicht durch meine Benutzung für die Uebrigen unbrauchbar machen, was einzelne Erkenntnisse seltsamerweise übersehen, V 3 (Lübeck), IX 35 (Celle).

Zur Herstellung einer Zwecksatzung erfordern wir, wie dies in § 5 schon weiter ausgeführt ist, die Willenserklärung des Verfügungsberechtigten und die staatliche Anerkennung derselben, ausnahmsweise kann auch der Staatswille den Individualwillen ersetzen (fingiren), wie bei der hereditas iacens. Die Willenserklärung kann sein eines Einzelnen oder Mehrer, die gemeinschaftlich den Zweck setzen; unter Lebenden oder auf den Todesfall; ausdrücklich oder stillschweigend, bei der Gründung von Gemeinden und Genossenschaften hat es oft an allen eingehenden Verabredungen gefehlt, ebenso ist die Wirkung der Unvordenklichkeit vielfach auf den allen Betheiligten gemeinsamen aber doch unausgesprochenen Willen zurückzuführen (vergl. z. B. II 8 Dresden). Eine Annäherung der stillschweigenden an die fingirten Zwecksatzungserklärungen scheint unleugbar. Die staatliche Anerkennung aber kann sein sowol eine gewohnheitliche wie eine gesetzliche, lex generalis wie constitutio personalis. Hierin steht die Zwecksatzung der Zuwendung prinzipiell völlig gleich, doch ist bereits bemerkt, wie unumstößliche Nützlichkeitsgründe die beschränktere Anerkennung der Zwecksatzung fordern; wieweit diese Nützlichkeitsrücksichten im einzelnen Folge zu geben ist, liegt außerhalb der Grenzen dieser Untersuchungen.

Nur einiges allgemeinere ist hier noch zu berühren. Regelmäßig ist Gleichzeitigkeit der Erklärung des Individualwillens und der staatlichen Anerkennung nicht zu erfordern, offenbar auch nicht zu ermöglichen. Für die Erklärungen unter Lebenden werden hieraus Bedenken kaum erwachsen, wol aber für die auf den Todesfall. In welchem Rechtsverhältniß stehen die letztwillig unter eine Zwecksatzung gestellten Rechte bis zum Erlaß des die staatliche Anerkennung aussprechenden Spezialgesetzes. Noch nicht unter der Zwecksatzung, denn selbstverständlich denken wir an einen Fall, der diese Spezialanerkennung fordert; aber auch nicht unterschiedslos zur Masse des Nachlasses, von welcher der Erblasser diese Stücke abzusondern geboten hat. Doch scheint die Aushülfe nicht schwierig und, da die neueren Erkenntnisse derartige Verfügungen, daß aus dem Nachlaß Stiftungen zu machen seien, aufrecht zu erhalten pflegen (vergl. I 97 Dresden, XI 9 Berlin, XIV 103 Celle, XVI 232 Mannheim, XVIII 4 Wiesbaden), auch praktisch bereits gefunden zu sein. Offenbar ist dies Rechtsverhältniß dem der hereditas iacens nahe verwandt, es handelt sich um Rechte, die den bisherigen Verfüger verloren, den neuen aber noch nicht gefunden haben, und die nun für diesen und die von ihm zu verfolgenden Zwecke in der Zwischenzeit möglichst unversehrt erhalten werden sollen. Wie bei der Erbschaft ist der Zweck die interimistische Erhaltung, doch braucht der Privatwille (daß die Rechte bis zur staatlichen Anerkennung gehütet und zusammengehalten werden sollen) hier in keinem Falle fingirt zu werden, er ist wenn nicht ausdrücklich ausgesprochen in der Stiftungsverfügung mitenthalten; die staatliche Anerkennung dieser Zwecksatzung aber beruht bisher überwiegend auf der Gewohnheit.

Welche Stiftungen nützlich, welche unnütz oder gar schädlich zu achten sind, hängt von den besonderen Verhältnissen des Orts

und der Zeit ab. Allgemein zu erfordern aber ist die ausreichende Bestimmtheit des zwecksetzenden Willens; und eine Disposition wörtlich also,

> unter diesen Voraussetzungen soll mein hinterlassenes Vermögen zu milden und nützlichen Stiftungen verwandt werden,

ohne jegliche nähere Detaillirung, würde ich für nichtig halten. Wer könnte sagen, welche Stiftungen von dem Testator beabsichtigt seien? und wer wäre befugt den erblasserischen Willen in den erforderlichen Spezialitäten zu ergänzen? Die Auslegung, daß Zuwendungen an Kirche und Staat beabsichtigt, und diesen beiden vage Normen für die Benutzung des Zugewandten gegeben seien, müßte als durchaus willkürlich verworfen werden. Derartige Zwecksatzungen sind ebenso unhaltbar wie Zuwendungserklärungen (Erbeseinsetzungen, Legate) an „den Ersten Besten". Es scheint, daß Dresden in den I 37 mitgetheilten Entscheidungen anderer Ansicht gewesen, doch gibt die nicht recht präzise Relation manchen Zweifeln Raum.

Ebenso wie bei den Stiftungen vermögen wir betreffs der Korporationen und Vereine nicht zu entscheiden, welche ein für allemal generell zu sanktioniren, und welchen wenigstens auf besonderes Ansuchen die Anerkennung zu verleihen sei. Was wir aber allgemein fordern, ist nicht sowol ein Vereinsvermögen, als die Vermögensfähigkeit des Vereins. Wenn der Verein als solcher nie Rechte erwerben könnte, so könnten auch nie Rechte unter der entsprechenden Satzung stehen den Zwecken des Vereins als solchen zu dienen; das ist unser theoretischer Grund. Aber ich meine die praktischen Erwägungen müssen zu demselben Resultat führen. Ich behaupte, eine Mehrheit von Menschen, die dürfe als Einheit weder klagen noch beklagt werden, überhaupt nicht Rechtsgeschäfte irgend welcher Art schließen, wenn dieselbe nicht dergestalt organisirt und zusam-

mengeschlossen sei, daß dieselbe auch ein Gesammtvermögen haben könne. Ich lasse mir Wiesen- und Weidegenossenschaften, Abend- und Ackerbaugesellschaften gefallen, die Hammelmetzger (XII 229) mögen eine Korporation für sich bilden wie die Halbpflegergenossen (XIII 124), aber ich würde annehmen, daß abgesehen von besonderen Voraussetzungen die Einäugigen innerhalb eines gewissen Kreises, die Rothhaarigen, die Sechzigjährigen, die Mütter u. s. w. als Gesammtheit nicht klagen und nicht beklagt werden könnten. Ebenso nicht diejenigen Glieder einer Gemeinde, die nur negativen Gemeinbezeichnungen unterliegen, die nicht zu geschlossenen Klassen, z. B. nicht zu den Neunundzwanzigern (I 315) gehören. Daher halte ich es denn auch für richtig, daß Kassel (X 190) eine Klage der Häuslinge verwirft, die „keine des Erwerbs bestimmten Gerechtigkeiten fähige Korporation, auch nicht in Gestalt einer deutschrechtlichen Genossenschaft bilden", ebenso Celle (XXII 9). Weit bedenklicher ist die von Jena (I 314) zugelassene Klage wider eine „Anspännerschaft." Freilich erhellt nicht mit völliger Sicherheit, daß die Anspännerschaft vermögensunfähig, aber dies angenommen, welche Resultate könnte ein solcher Prozeß wider die Anspännerschaft, und also nicht wider die einzelnen Anspänner ergeben? Jede Exekution wäre unmöglich, denn diese wäre doch immer nur in das Vermögen der Anspännerschaft, das nicht existirt, nicht in das der einzelnen Anspänner zu vollstrecken. Sollte aber die Klage wider die Anspännerschaft gar wider die einzelnen Anspänner rechtskräftig werden, so läge darin eine ganz willkürliche Unbilligkeit wider jeden einzelnen Anspänner, die hier keiner weiteren Erläuterung bedarf; man überlege nur das Resultat in konsequenter Weise auf Klagen wider die oben genannten Klassen, Rothharigenschaften Einäugigenschaften, oder vielleicht wider die Rohrstockträgerschaften Dosenschnupferschaften und Cigarrenraucherschaften. Daß unser

Widerspruch mit seiner Vorliebe für Römische und Abneigung wider deutsche Rechtsbildungen zusammenhängt, braucht wol kaum bemerkt zu werden; was wir allein fordern sind Bildungen von einigermaßen handfester Körperlichkeit, deren erstes Kennzeichen eben das ist, daß sie ein Vermögen heranzuziehen und sich zu erhalten im Stande sind.

Daß die begründeten juristischen Personen, Vereine wie Stiftungen und Erbschaften, Delikte nicht begehn können, folgt ohne weiteres daraus, daß sie als Nichtmenschen handlungsunfähig sind. Gefragt werden darf also nur, wieweit Delikte und deliktähnliche Handlungen des Verfügungsapparats der juristischen Person diese selber, d. h. ihr Vermögen belasten können. Die Leugnung der Haftung weiter als ex re ist seit Savigny (Syst. II § 94, 05), über den auch Brinz (Pand. II 1132) und Windscheid (Pand. I § 59 a. E.) kaum hinausgekommen sind, in der Theorie herrschend, ausführlich dawider Sintenis (Civilr. I § 15 N. 53 i. d. M.). Hier steht die Praxis auf eignen Füßen. Aus Seufferts Archiv sind anzuführen:

I 166 Dresden: der Stadt steht die Gerichtsherrlichkeit zu; für den bei Ausübung derselben durch Fahrlässigkeit ihrer Beamten angerichteten Schaden haftet sie mit ihrem Kämmereivermögen.

VII 150 Darmstadt: Wegen Verletzungen, die von der städtischen Baubehörde ausgegangen, haftet die Stadt ex l. Aquilia. Aehnlich gibt Berlin XIV 36 eine a. in factum nach Analogie der a. l. Aq. wider den Fiskus auf Grund mangelhafter Bauführung. — IV 119 München: Flußbettkorrektur führt zur Ueberschwemmung und Versandung anliegender Wiesen; a. l. Aquiliae wider den Fiskus.

VIII 53 Manheim: durch die fehlerhafte Ausführung der

wie steht es bei einer Stiftung zu mildem Zwecke, wollen wir den verstorbenen Stifter, oder sein Wollen, richtiger Gewollthaben, die Zwecksatzung zum Subjekt machen? Jenes dürfte gekünstelt erscheinen, dieses dahin drängen auch bei dem Individualvermögen nicht den Menschen, sondern den menschlichen Willen zu subjektiviren.

Die Subjektstheorie kommt also auch hier nicht recht aus der Stelle; über ihre dereinstige Brauchbarkeit ist jetzt nicht zu entscheiden, vorläufig aber wird jedem verziehen werden, der sich lieber mit den Größen beschäftigt, die schon in der Gegenwart greifbar vorhanden sind. Bei Verfügern und Genießern ist die Greifbarkeit nicht zu leugnen, freilich auch nicht daß wir von einem befriedigendem Abschluß derselben Begriffe noch weitab sind. Ein Punkt, das Auseinanderfallen von Verfügung und Genuß hat mich hier vornehmlich beschäftigt, und bei dem Aufsuchen einer genügenden Erklärung der immerhin auffälligen Erscheinung, daß derjenige, dem Verfügung zusteht, verhindert wird, dieselbe im eigenen Interesse zu nützen, bin ich in die Spuren Brinz scher Arbeit gerathen.

Muß man zugeben, daß die juristischen Personen in das Privatrecht eingeführt worden sind, lediglich ihrer Vermögensfähigkeit wegen, daß das objektive Recht keine andern Beziehungen derselben als eben vermögensrechtliche anerkannt, so kann kaum etwas dawider zu erinnern sein, daß in dieser Lehre auch einmal die Vermögen vorangestellt wurden. Zu jeder juristischen Person gehört ein Vermögen das sie hat, oder doch haben sollte, haben könnte; die ältere Lehre hatte fast ausschließlich auf das Habende gesehen, Brinz kehrt die Sache um und beginnt die Betrachtung bei dem Gehabten, einstweilen mit derselben Vernachlässigung des Habenden, deren seine Vorgänger wider das Gehabte sich schuldig gemacht hatten. Mag man ihn deshalb einer gewissen Einseitigkeit bezichtigen;

XVII 246 Jena: Besitzstörungsklage als interd. ne quid in flumine publico fiat wider eine Gemeinde.

Als getreuer Anhänger der herrschenden Doktrin erweist sich nur Celle XIII 140 XV 26 bei Verletzungen die von Eisenbahnen ausgehen, wo im Widerspruch zu den andern Gerichten die Haftbarkeit der juristischen Person geleugnet wird.

Schon aus der Geschichte dieser unsterblichen Kontroverse können wir uns von der Schwierigkeit des Problems überzeugen. Auch sind die Savignyschen Ausführungen nichts weniger als leichtfertig, und doch zwingt die fast einstimmige Opposition zu der Vermuthung, daß bei denselben irgend eine Hauptsache übersehen worden. Die Praxis dürfte mit dem Billigkeitsgefühl unserer Zeit im besten Einklange stehen: denken wir beispielsweise an die von den Eisenbahnen ausgehenden Verletzungen, könnten wir es da für billig halten, daß wenn die Eisenbahn einem Einzelnen gehöre, dieser selber in Anspruch zu nehmen wäre, wenn einer Gesellschaft (juristischen Person) oder dem Staate, der Verletzte beschränkt wäre auf die Klagen wider die aller Wahrscheinlichkeit nach ersatzunfähigen Persönlichkeiten, welche unmittelbar den Schaden bewirkt haben? Eine befriedigende Lösung aber gibt die Praxis auch keineswegs, und wenn von Wolfenbüttel und andern höchsten Gerichten geäußert ist, die juristische Person müsse wenigstens „aus einem besonderen Auftrage" als haftbar angenommen werden, so beruht dies auf offenbarem Versehen, da die juristische Person gerade so wenig selber den Auftrag zu Delikt und Deliktähnlichem geben kann, wie sie das Delikt selber auszuführen vermöchte. Was berechtigt uns, den von ihren Organen ertheilten Auftrag ihr zuzurechnen? — sagen wir „Nichts", so folgt ihre Nichthaftung; — sagen wir „dies", so kann dasselbe „dies" vielleicht sie für andere widerrechtliche Akte ihrer Organe ebenso haftbar machen wie für die Auftraggebung.

Die Sache ist noch nicht spruchreif, eine Reihe von Vorfragen, namentlich die Verhaftung eines Menschen aus den verschiedenen Handlungen eines andern betreffend, ist zunächst zu erledigen. Es wird also auch meiner Theorie nicht zum Vorwurf gereichen, daß sie dies Räthsel nicht beseitigt. Uebrigens mag noch soviel bemerkt werden, daß dieselbe sehr wohl, was nur dem ersten Blicke nicht scheinen möchte, mit der gegenwärtigen Praxis zu vereinen ist. Offenbar nämlich unterscheidet die Praxis, nach guten wenn auch unausgesprochenen Gründen: wir begegnen keiner a. de dolo, vergl. auch XXI 23 Wolfenbüttel, a. furti, a. iniuriarum wider juristische Personen. Gewisse Deliktsklagen aber vermöchten auch wir zu rechtfertigen, alle diejenigen, wo die ursachliche Veranlassung zu der verletzenden Handlung mit dem gesetzten Zwecke selber gegeben ist. Es liegt in der Natur der Eisenbahnunternehmungen, Schaden anzurichten, durch Funkensprühen u. s. w. u. s. w., sie sind, wo nicht schädlich, allemal eminent gefährlich; Dampfschiffe auf Flüssen oder Kanälen sind stets schädlich dem Uferschutz, dem Fischfang u. s. w. Aus der Schädlichkeit und Gefährlichkeit folgt nicht, daß die betreffenden Unternehmen zu verbieten seien, die vielmehr ihrer überwiegenden Vortheile wegen als gemeinnützige gelten müssen. Deshalb lassen wir sie zu, fördern und begünstigen sie, dürfen aber doch nicht übersehen, daß der große Vortheil, den sie Allen bereiten, verknüpft ist mit kleinen Nachtheilen Einzelner, denen die Verfolgung ihrer Schädigungen wider den zahlungsfähigen Urquell derselben nicht abgeschnitten werden darf. — Daß ich aber mit allen citirten Erkenntnissen auch speziell einverstanden wäre, soll hiemit nicht gesagt sein.

Ein anderer vielbestrittener Punkt ist die Behandlung des Vermögens einer juristischen Person nach deren Untergang, oder wie wir sagen möchten, der an eine Zwecksatzung gebun-

denen Rechte nach Aufhebung derselben. Es liegt zu Tage, daß unsere Theorie Unterscheidungen je nach der besonderen Gestaltung der einzelnen Fälle erfordert, und namentlich dem widerstrebt, daß überall der Fiskus als successionsberechtigt anzunehmen sei. Im Archive sind bis jetzt nicht viele hierauf bezügliche Entscheidungen enthalten.

X 225 Celle: Ein Kloster hatte in einem im sechzehnten Jahrhundert geschlossenen Vergleich den Heimfall gewisser Intraden an Dritte zugesagt, „wenn das Kloster desolut und ohne Erzabt und Conventualen gänzlich erledigt werden sollte"; nach der Säkularisation klagen die Dritten.

> Da das Kloster als Korporation und juristische Person nicht im Stande war für den Fall seiner Aufhebung oder des Aufhörens seiner rechtlichen Subjektivität über sein Vermögen rechtsbeständigerweise zu verfügen, so ist der Anspruch des Klägers rechtlich nicht begründet.

Es kann hier nicht entschieden werden, ob dieses Kloster im Stande gewesen, Dispositionen über sein Vermögen für den Aufhebungsfall zu treffen, daß aber der vom Gericht behauptete Satz, daß es dies „als Korporation und juristische Person" nicht gekonnt habe, der die gleiche Unfähigkeit aller Korporationen und juristischen Personen involvirt, im Widerspruch steht mit den Erscheinungen des uns umgebenden Lebens, wird kaum zu verkennen sein.

XIII 207 Kassel: Eine „Ackerbaugesellschaft" hat Korporationsrechte erhalten, später schrumpft die Zahl der Mitglieder ein, und nachdem sie ihre Thätigkeit ganz eingestellt hat, überweist eine Ministerialverfügung das Vermögen einer Staatsanstalt zur Förderung der Landwirthschaft als deren Fonds. Die Klage einzelner Mitglieder der früheren Ackerbaugesellschaft auf Herausgabe des Vermögens wird abgewiesen. Ob die Entschei-

dung richtig, vermögen wir in Ermangelung näherer Kenntniß des faktischen Materials wiederum nicht zu erkennen, jedesfalls zeugen die Motive von mehr Umsicht und Ueberlegung:

daß nach den Statuten .... die Beiträge lediglich zu dem gemeinnützigen Zwecke der Beförderung des Ackerbaues .... bestimmt gewesen,

daher das Vermögen der Verfügung der einzelnen Mitglieder entzogen, die Landesregierung aber als Kontrollbehörde bestellt gewesen, und als solche bei Aufhebung der Gesellschaft für weitere dem Zweck gemäße Verwendung zu sorgen gehabt habe. — Das entspricht durchaus unserer Auffassung, und erscheint unangreifbar falls der Sinn der Statuten wirklich der gewesen, daß eine den Vereinsmitgliedern gegenüber völlig selbständige und unabänderliche Zwecksatzung unter Kontrolle der Staatsregierung geschaffen werden sollte.

XIX 12 Kassel. Die „Stadt- und Landjudenschaft" war im Bisthum Fulda als Korporation angenommen, und hatte als solche ein Kapital aufgenommen und einen Schuldschein darüber ausgestellt. 1816 wird Fulda unter Kurhessen Baiern Sachsen-Weimar getheilt; 1823 werden die Verhältnisse der Israeliten in Hessen neu geregelt, Provinzialverbände eingerichtet, ein solcher für den Hessischen Antheil von Fulda. Gegen diesen klagt der Gläubiger die entsprechende Rate der Schuld ein, die zweite Instanz weist ab (weil die alte Genossenschaft nicht mehr bestehe und ein Successionsverhältniß nicht nachgewiesen sei), das höchste Gericht läßt die Klage zu:

die Lösung einer derartigen Genossenschaft in ihrem formellen Bestande durch Trennung des staatlichen Verbandes, dem sie angehört, führt nicht ohne weiteres ein Erlöschen der an sie geknüpften Rechte und Pflichten herbei. Vielmehr sind, soweit in den an die Stelle tretenden Staaten entsprechende neue zur Vertretung der näm-

lichen Interessen berufene genossenschaftliche Verbände entstehen, diese als den materiellen Bestand jenes früheren Verbandes in sich aufnehmend, für entsprechende Träger der gedachten Rechte und Pflichten zu halten.

Wir gelangen zu demselben Resultat, wenn wir erwägen, daß die maßgebende Zwecksatzung nur unwesentlichen, äußerlichen Modifikationen unterlegen hat, und das an sie geknüpfte Vermögen bei der politischen Auseinanderlegung der alten Fuldaischen Landjudenschaft eben auch nur getheilt ist, wonach an den Theilen die Schulden des Ganzen pro rata fortbestehen mußten. Daß die neuen Verbände „den materiellen Bestand jenes früheren Verbands in sich aufgenommen" ist kein glücklich gewählter Ausdruck, wenigstens gibt er kein scharfes Bild eines klar ausgedachten Gedankens.

XIX 13 Lübeck: die „Krämer-Kompagnie" ist durch Gesetz (die „Kaufmanns-Ordnung") aufgehoben mit dem Augenblick, wo die „Kaufmannschaft" sich konstituirt haben wird. Nachdem diese Konstituirung erfolgt ist, wird noch eine Klage wider die Aeltesten der (aufgehobenen) „Krämer-Kompagnie" eingebracht. Die Klage wird abgewiesen:

> die Aeltesten der Krämer-Kompagnie haben hiermit (sc. mit der Konstituirung der Kaufmannschaft) ihre Eigenschaft als solche verloren, und es geht ihnen jede Berechtigung und Verpflichtung ab, als Vertreter der Kompagnie ferner thätig zu sein und insbesondere Prozesse zu führen.

Die faktischen Mittheilungen sind wiederum so ungenügend, daß, gleichviel von welcher Theorie man ausgeht, es kaum möglich erscheint, sich ein Urtheil über die Richtigkeit des Spruchs zu bilden. Alles kommt darauf an, in welchem Rechtsverhältniß die neue „Kaufmannschaft" zur alten „Krämer-Kompag-

nie" steht: sind sie identisch, beide ein und derselbe Verein der blos seine Verfassung geändert hat, so daß an der Verfolgbarkeit der Schulden der „Krämer-Kompagnie" wider die jetzige „Kaufmannschaft" kein Zweifel bleibt, und nur die „Aeltesten der Kompagnie" eben nicht mehr die Organe dieses Vereins wären? unter dieser Voraussetzung wird Jeder der Entscheidung beipflichten müssen. Aber wenn, wie dies dem Wortlaut besser entspricht, die Krämer-Kompagnie nicht in die Kaufmannschaft umgewandelt, sondern wirklich durch Gesetz „aufgehoben" ist, ihre Rechte und Schulden nicht Rechte und Schulden der Kaufmannschaft geworden sind, dann müssen die Gläubiger der aufgehobenen Krämerkompagnie zweifellos berechtigt sein, sich an das nachgelassene Vermögen derselben zu halten, ebenso wie wenn ihr menschlicher Schuldner erblos verstorben wäre, und bei einem solchen Prozesse wider den Nachlaß der alten Krämer-Kompagnie dürften auch die alten Aeltesten von der Passivlegitimation noch nicht zu entbinden gewesen sein.

§ 10.

Am Ende unserer Forschungen wenden wir uns nochmals zu der ersten Frage zurück: was ist Subjekt eines Rechts? Wir dürfen kein εὕρηκα rufen; im Gegentheil, die der Lösung entgegentretenden Schwierigkeiten dünken uns jetzt fast unüberwindlich. Jedes Recht braucht und braucht nur Verfüger und Genießer; es kann dieser und jener zeitweilig entrathen, aber der definitive Verlust der einen wie der andern zieht den Untergang des Rechts nach sich. Verfüger und Genießer können dieselben, es können verschiedene Personen sein; in diesem zweiten Falle erwacht der Zweifel, ob die Verfügung oder der Genuß als für die Rechtssubjektivität maßgebend anzunehmen sei.

Dazu kommt, daß Verfügung wie Genuß nicht immer in gleicher Weise an dem berechtigten Individuum haften, oft direkt oft indirekt, vermittelt durch eine andere Person eine Sache eine Stellung. Hier fragt sich, ist der dem Verfügung und Genuß gegeben wird, oder vielmehr der oder das was sie gibt, und also Träger und Spender von Verfügung und Genuß ist, das eigentliche Subjekt? Alle Welt wird einverstanden sein, denjenigen, dem Verfügung und Genuß direkt zustehen, als Subjekt dieses Rechts zu nennen: wo Verfügung und Genuß getrennt sind, und Medien der Zuständigkeit einrücken, ist keine aller Welt genügende Antwort erfindlich.

Entweder man müßte die Subjektivität knüpfen an einzelne Beziehungen zum Recht, Verfügung haben oder geben, Genuß haben oder geben; wo dann aber die große Mehrzahl unter den Juristen der Gegenwart beim Durchgehen der einzelnen Fälle höchlichst erstaunt sein dürfte diesen und jenen derartig Bezogenen als Subjekt des fraglichen Rechts aufgeführt zu sehen. Oder aber man nimmt die Rechtssubjektivität nur unter allgemein befriedigenden Voraussetzungen, also z. B. bei dem an, der Verfügung und Genuß unvermittelt für seine Person hat, und muß einräumen, daß ein diesen Anforderungen entsprechendes Subjekt wol bei vielen Rechten vorhanden, bei vielen andern aber auch nicht vorhanden ist, und zwar nicht blos zeitweilig fehlt, sondern bei diesen Rechten unbeschadet ihres Bestandes und ihrer Dauerhaftigkeit nie gewesen ist und nie sein wird. Hiernach würde das Subjekt unter die Accidentalien eines Rechts gehören.

Bei dem Vermögen scheint der Subjektsbegriff auf den ersten Anblick vielleicht nutzbarer als bei dem Recht. Kennzeichen eines Vermögens sind die gemeinsamen Schulden, überhaupt die gemein wirkenden Rechtsgeschäfte. Der Begriff des Vermögens wird in den meisten Rechtsdarstellungen etwas ver-

nachlässigt; zur größeren Klarheit will ich ausdrücklich aussprechen, was ich übrigens für allbekannt halte.

Vermögen ist ein Komplex von Rechten, von subjektiven Privatrechten. Nicht aller Art, das Recht über die Ehefrau und die Kinder gehört nicht ins Vermögen; nur der zu Geld schätzbaren. Und zu Geld schätzbar sind alle, die ihrem inneren Wesen nach, gleichviel was Privatdispositionen und Gesetzgebung aus guten und aus schlechten Gründen verordnet haben, tauschbar sind; nur bei diesen ist eine Vergleichung mit andern Rechten nach einem allgemeinen Maßstabe, d. h. eben die Schätzung zu Gelde möglich.

Das komplektirende Etwas ist der rechtliche, d. h. von dem Gesammtwillen des Staats anerkannte Wille des Einzelnen. Doch mit Unterschied. Bald ist es der Wille des lebendigen Vermögensinhabers, daß alles was er derartiges hat sein, und darum ein und derselben Masse zugehörig sein soll. Bald ist es ein Gewollthaben (Zwecksatzung), das als bleibende Norm vielleicht zuerst von einem Einzigen für den Grundstock aufgestellt ist, und dem später Andere auch ihre Gaben unterworfen haben: es sollen diese Rechte sämmtlich gleichmäßig zur Erreichung bestimmter Zwecke geübt, die Erträge der Uebung entsprechend verwandt werden.

Als Merkmal des vollkommenen Zusammenschlusses dienen, wie schon bemerkt, die gemeinsamen Rechtsgeschäfte: Ein Geschäft mehrt und mindert das Vermögen, belastet und erweitert den Komplex der verbundenen Rechte. Offenbar steht die Wirksamkeit der verschiedenartigen Rechtsgeschäfte untereinander im innigsten Zusammenhang. Schulden belasten das ganze Vermögen, d. h. der Gläubiger ist berechtigt über lang oder kurz seine Befriedigung zu suchen aus jedeinem in dies Vermögen gehörigen Stücke. Rechtserwerbsgeschäfte, dinglicher oder obligatorischer Art, kommen dem ganzen Vermögen zu

gut, d. h. der Kreis der Güter, aus welchem ein Gläubiger die Befriedigung zu suchen haben wird, dehnt sich aus; umgekehrt beschränken die Veräußerungsgeschäfte denselben Kreis. Die Folgen jedes einzelnen Rechtsgeschäfts werden also an dem Umfang des ganzen Vermögens ersichtlich, und zwar tritt dieser Erfolg ein, ohne beim Abschluß des Geschäfts ausdrücklich verfügt zu sein. Denn durch ausdrückliche Verfügung können auch Rechte, die nicht schon zu einem Vermögen zusammengeschlagen sind, einem und demselben Rechtsgeschäft gleichmäßig unterworfen werden: durch Ein Geschäft kann ich die Eigenthumsrechte an einem beliebigen Komplexe rechtlich sonst nicht zusammengehöriger Sachen übertragen; durch Ein Geschäft bestelle ich Pfandrechte an dem ländlichen Grundstück, dem dazu gehörigen Inventar, an dem Stadthause und meinem darin befindlichen Mobiliar; durch Ein Geschäft können Mehre Gesammtschuldner und Gesammtgläubiger werden. Doch in all diesen Fällen bedarf es besonderer ausdrücklicher Ausmachungen; bei dem Vermögen aber tritt die Einwirkung des einzelnen Geschäfts auf die Gesammtheit der komplektirten Rechte von selbst ein. Wer etwas erwirbt, erwirbt es zu seinem Vermögen, wer etwas veräußert, veräußert es aus seinem Vermögen heraus, er mag das sagen oder nicht, ja er mag wollen oder nicht; es kann niemand eine Schuld so kontrahiren, daß dem Gläubiger die Verfolgung der einzelnen Stücke des schuldnerischen Vermögens nicht freistünde.

Bei dem Vermögen, sagte ich, scheine der Subjektsbegriff zunächst brauchbarer zu sein als bei dem Recht. Man wird versucht, den zusammenschließenden vom Staate anerkannten Privatwillen als Subjekt des Vermögens zu erfassen. Den Willen selber, oder das menschliche Individuum, das Träger und Inhaber dieses Willens ist? Gäbe es nur menschliche Individualvermögen, so könnte die Frage müßig erscheinen, aber

wie steht es bei einer Stiftung zu mildem Zwecke, wollen wir den verstorbenen Stifter, oder sein Wollen, richtiger Gewollthaben, die Zwecksatzung zum Subjekt machen? Jenes dürfte gekünstelt erscheinen, dieses dahin drängen auch bei dem Individualvermögen nicht den Menschen, sondern den menschlichen Willen zu subjektiviren.

Die Subjektstheorie kommt also auch hier nicht recht aus der Stelle; über ihre dereinstige Brauchbarkeit ist jetzt nicht zu entscheiden, vorläufig aber wird jedem verziehen werden, der sich lieber mit den Größen beschäftigt, die schon in der Gegenwart greifbar vorhanden sind. Bei Verfügern und Genießern ist die Greifbarkeit nicht zu leugnen, freilich auch nicht daß wir von einem befriedigendem Abschluß derselben Begriffe noch weitab sind. Ein Punkt, das Auseinanderfallen von Verfügung und Genuß hat mich hier vornehmlich beschäftigt, und bei dem Aufsuchen einer genügenden Erklärung der immerhin auffälligen Erscheinung, daß derjenige, dem Verfügung zusteht, verhindert wird, dieselbe im eigenen Interesse zu nützen, bin ich in die Spuren Brinz scher Arbeit gerathen.

Muß man zugeben, daß die juristischen Personen in das Privatrecht eingeführt worden sind, lediglich ihrer Vermögensfähigkeit wegen, daß das objektive Recht keine andern Beziehungen derselben als eben vermögensrechtliche anerkannt, so kann kaum etwas dawider zu erinnern sein, daß in dieser Lehre auch einmal die Vermögen vorangestellt wurden. Zu jeder juristischen Person gehört ein Vermögen das sie hat, oder doch haben sollte, haben könnte; die ältere Lehre hatte fast ausschließlich auf das Habende gesehen, Brinz kehrt die Sache um und beginnt die Betrachtung bei dem Gehabten, einstweilen mit derselben Vernachlässigung des Habenden, deren seine Vorgänger wider das Gehabte sich schuldig gemacht hatten. Mag man ihn deshalb einer gewissen Einseitigkeit bezichtigen;

indem aber seine Einseitigkeit der früheren Einseitigkeit gegenüber trat, war der Sache selbst doch der Vortheil mehrseitiger Beleuchtung gewonnen. Ein nächstes Resultat, daß die res extra commercium bestimmtere Gestalt annahmen, daß wir zu dem dürftigen, fast schon durch den Namen zu erschöpfenden Wissen von dem was diese Sachen nicht sind und wozu sie nicht taugen, die Anfänge eines positiven Wissens hinzuerhielten, und sie als rechte Schwestern der den juristischen Personen zugehörigen Vermögen anerkennen mußten.

Während Brinz wie gesagt das habende Element fast übergeht, sieht er desto sorgsamer auf den Grund des Zusammenschlusses des Gehabten, auf den Zweck des Zweckvermögens. Der bindende Zweck muß selber ein gesetzter sein. Dennoch sind seine Ausführungen in dieser Richtung nichts weniger als erschöpfend, was abgesehen von allen andern Hindernissen auch schon durch die Form seiner Veröffentlichung bedingt war. Auf eben diesem Punkte habe ich eingesetzt, die Vielseitigkeit der Beleuchtung zu mehren gesucht. Die alte Lehre prüft wer Verfügung und Genuß hat, Brinz stellt das worüber verfügt und was genossen werden soll voran, und während er von hieraus zu dem Grund der Verfügung und des Genusses, zu dem gesetzten Zwecke vorschreitet, mache ich diesen zur Basis der übrigen Untersuchungen.

Das Recht schützt unter gewissen Voraussetzungen das Gewollthaben so gut wie das lebendige Wollen, ja vielfach läßt es jenes wider dieses durchschlagen. So kommt es, daß wer übrigens mit der Verfügung betraut ist, sich fortwährend gezwungen sehen kann, einen andern höheren obschon todten Willen zu respektiren; er darf verfügen aber nur innerhalb fester Schranken, die Ziele seiner Verfügung dürfen nicht seine eigenen sein, vielmehr hat die ganze Verfügung eben nur diejenigen Ziele und Zwecke zu verfolgen, die von dem todten

Willen gesetzt sind. Das Setzen des Zweckes gilt mir als der Kern, aus dem alle andern Erscheinungen hervorgehen. Es bedarf eines gewissen Materials, das zur Verwirklichung des Zweckes verwandt wird, das ist das Zweckvermögen oder das einzelne Zweckrecht. Andererseits aber fordert der gesetzte Zweck meist auch noch weitere menschliche Thätigkeit zu seiner Durchführung, und die Apparate, die ihm dergestalt dienen, heiße ich juristische Personen.

Noch mag erwähnt werden, daß auch hier wieder das Licht, das von neuer Seite zugeführt wird, zunächst das Hervortreten bisher verkannter Verwandtschaften bewirkt. Zwecksatzungen gibt es von sehr verschiedenen Arten, und wie verschieden unter einander, sind sie doch allesammt Zwecksatzungen. Auch in ihren Wirkungen gehn sie weit auseinander, nicht jede schafft ein Zweckvermögen, zumal wenn darunter nur dem Zwecke ganz ausschließlich und unwiderruflich dienende Vermögen verstanden werden dürften. Die Herrschaft der Zwecksatzung und die des lebendigen Wollens können sich in den buntesten Formen in einander verflechten, überall resultiren Bildungen, die dem Zweckvermögen im engen Brinzschen Sinne wenn nicht gleich doch ähnlich geartet sind. Peculium, merx peculiaris, Handelsvermögen, und wieder Lehen und Familienvermögen aller Arten, sind nahe Zugehörige der von juristischen Personen verwalteten Zweckvermögen.

Eine Frage von eminent praktischer Bedeutung, das Klagrecht des einzelnen Aktionärs wider die Mitglieder der Direktion, des Aufsichtsraths, der Majorität der Generalversammlung war am Anfang der Abhandlung als veranlassendes Moment genannt. Die Antwort ist bisher weder ausgeführt, noch dürfte sie ohne weiteres aus dem Ausgeführten zu entnehmen sein; es sollten hier nur die Pfeiler gegründet werden, über welche die Brücke zu spannen ist. Besitzen diese Haltbarkeit

so viel wie nöthig, so wird die nachfolgende Arbeit die leichtere sein. Die Zwecksatzung eines Aktienunternehmens besteht in dem Statut, dem Gesellschaftsvertrage; nach dem Handelsgesetzbuche ist sie allemal revokabel. Das Vermögen ist Zweckvermögen, selbstverständlich revokables Zweckvermögen. Der Zweck heischt eine mannigfaltige menschliche Thätigkeit, deren regelmäßigen Organe Direktion und Generalversammlung sind. Kein Zweifel, daß nach dem hier vertheidigten Sprachgebrauch von einer juristischen Person zu reden wäre. Die Stellung der Aktionäre ist kaum mit wenigen Strichen zu zeichnen. Unter einander stehen sie in einem gewissen Sozietäts- (Kondominats-) Verhältniß der Art, daß die Beschlüsse der Majorität die Minorität binden, und daß die Auflösung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Sie sind Herrn des Vermögens, neben dem Zweck, und insofern über dem Zweck, als sie durch ihren Beschluß denselben aufzuheben vermögen und alsdann unbeschränkte Herrn werden; einstweilen aber, so lange sie den Zweck bestehen lassen, kommt diesem die Uebermacht, fast Alleinherrschaft zu. Der Zweck bestimmt Verfüger Genießer, als letztere haben die Aktionäre getreue Befolgung der Zwecksatzung von den Organen des Unternehmens, Direktion und Generalversammlung zu fordern. Zu ihrem besonderen Schutze vornehmlich in dieser Richtung soll ihnen der Aufsichtsrath dienen, dessen einzelne Mitglieder den Aktionären als Mandatarien gegenüberstehen. Aber auch der Aufsichtsrath kann seine Pflicht verabsäumen, und dann entstehen die Fragen, wie ist der gesetzte bekannte und rechtliche anerkannte Zweck aufrechtzuerhalten gegenüber den Unregelmäßigkeiten der Organe, welche mit der Ausführung der Zwecksatzung betraut werden? wie ist den beabsichtigten Genießern zu ihren zwecksatzungsmäßigen Hebungen zu verhelfen? Als

entschieden durch gemachte Erfahrungen betrachte ich, daß jedes obervormundschaftliche Eingreifen der Staatsgewalt perhorrescirt werden muß; und als nothwendige Folge hiervon die Entwicklung der den einzelnen Betheiligten nach den verschiedenen Seiten hin zuständigen Klagerechte. Die Details mögen an anderer Stelle [9]) eingehend behandelt werden.

9) Die in Aussicht gestellten Ausführungen werden mit nächstem in Goldschmidts Zeitschr. f. Hand. R. erscheinen. Noch ist zu bemerken, daß erst nachdem dies Manuscript bereits in die Druckerei gewandert Iherings Abhandlung „Passive Wirkungen der Rechte" (X 8 dieser Jahrbücher) und Böhlaus „Rechtssubjekt und Personenrolle" mir zu Gesicht gekommen sind.

Druck der Friedrich Mauke'schen Officin zu Jena.

II.

Die Auflassung des deutschen Rechts.

Von

O. Stobbe.

Der Dualismus, welcher in den neueren Partikularrechten in Rücksicht auf die Frage besteht, wie Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken übertragen werden, ob es dazu einer gerichtlichen resp. öffentlichen Handlung bedürfe, oder ob ein auf den Eigenthumsübergang gerichtetes Rechtsgeschäft und die hinzutretende Tradition genüge, — die Differenzen, welche in dieser Beziehung die Partikularrechte darbieten, sind nicht erst neueren Datums. Sie entstanden nicht etwa erst seit der Reception des römischen Rechts, welches die alten, rein deutschen, fest bestehenden Sätze ins Schwanken gebracht oder außer Uebung gesetzt hätte, sondern waren schon im Mittelalter vorhanden. Denn wenn auch von Anfang an Grundstücke öffentlich und unter Beobachtung feierlicher Formen übertragen zu werden pflegten, so galt doch zu keiner Zeit für ganz Deutschland der Satz, daß jene Oeffentlichkeit oder jene Förmlichkeiten erforderlich seien, um das Recht am Grundstück übergehen zu lassen. Mit der Aufnahme des römischen Rechts wurden die geltenden Grundsätze nicht völlig erschüttert; an vielen Orten, wo ein fester Formalismus entwickelt war, hat derselbe das Mittelalter überdauert, oder ist

er zeitgemäß umgestaltet worden. Die Neigung einen formalen Akt, Auflassung, gerichtliche Insinuation oder Konfirmation des Geschäfts, Eintragung in die Grundbücher u. s. w. zu fordern, hat zu allen Zeiten bestanden, ist aber nicht überall gleichmäßig zur Durchführung gekommen.

Die rechtshistorischen Arbeiten, welche die Auflassung zum Gegenstande haben, handeln durchgehends nur von dem Mittelalter und es fehlt an einer alle Perioden der Entwickelung begreifenden Darstellung. Ueber die spätere Zeit werden meistens nur kürzere und wenig präcise Andeutungen gegeben; nur für wenige Partikularrechte besitzen wir werthvolle und eingehende historische Untersuchungen, so von v. Wächter für Würtemberg, von Leonhardt für Hannover, von Baumeister für Hamburg.

Von der rechtsgeschichtlichen Literatur über das Mittelalter will ich hier nur auf die hauptsächlichsten, bekannten Werke verweisen. Nachdem Albrecht in seiner „Gewere" die Auflassung zur Zeit der Rechtsbücher in bahnbrechender Weise dargestellt hatte, wandte sich Beseler in den „Erbverträgen" besonders der Periode der Volksrechte zu und führte für dieselbe den Nachweis, daß die gerichtliche Uebertragung nicht gefordert wurde, sondern auch eine Handlung vor Zeugen genügte. — Sandhaas (Germanistische Abhandlungen 1852. S. 1—77), dessen Quellenapparat allein aus der früheren Literatur geschöpft ist, behauptet die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung für das salfränkische und sächsische Recht. — Rückert (Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher, zunächst des Sachsenspiegels 1860. S. 69 ff.) schließt sich an Beseler an, glaubt aber, daß wo die Auflassung nicht gerichtlich erfolgte, zum Erwerb des Rechts die Einweisung in den Besitz gefordert wurde. — Merkel (das firmare des baierischen Volksrechts, in d. Zeitschr. für Rechts-

geschichte II. S. 101—174), welcher in bewunderungswürdig vollständiger Weise die baierischen Rechtsquellen und Urkunden benutzte, hat die Lehre durch eine Reihe feiner Bemerkungen gefördert. Doch leidet meines Erachtens seine Abhandlung an einem durchgängigen Fehler. Merkel versucht nämlich dem firmare der baierischen Quellen für das baierische Recht eine technische und einheitliche Bedeutung beizulegen, während einerseits dies firmare auch außerhalb Baierns überall vorkommt und andererseits das Wort keine einheitliche technische Bedeutung hat, sondern die verschiedensten Bestärkungsmittel bei der Uebertragung von Rechten an Grundstücken bezeichnet [1]). In der That giebt es gar kein Rechtsinstitut des firmare. — Laband (die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters 1869, besonders S. 235 ff.) hat für die sächsischen Rechtsquellen das Thema nach einzelnen Richtungen hin einer erneuten, fruchtbringenden Untersuchung unterworfen und dabei insbesondere Widerspruch gegen die allgemein verbreitete Annahme erhoben, daß nach ihnen durchweg nur durch Vermittelung der gerichtlichen Auflassung das Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken hätten übertragen werden können. — Bülowius (dissert. utrum ad dominium rerum immobilium transferendum secundum jus Saxonicum medii aevi resignatione solemni in judicio

---

1) Auflassung durch Symbole, vor Zeugen, Aufnahme einer Urkunde, deren Bekräftigung durch Auflegung der Hände auf dieselbe, durch Unterschrift der Zeugen, die verschiedenen Mittel der Investitur, die Bestärkung des Akts durch den König oder Beamte, die erneute Auflassung von Seiten des Veräußeres oder durch seine Erben u. s. w. Alles, was geschah, um den Willen des Veräußeres feierlich zu erklären, zu bestärken, zur Ausführung zu bringen, wird als firmatio bezeichnet. Doch darin hat Merkel ganz Recht, daß man nicht mit Grimm Rechtsalterth. S. 115 f. und Andern das firmare einfach für eine Wiederholung der Tradition erklären darf.

facta opus fuerit nec ne. Regim. 1870) hat diesen Widerspruch Laband's im Detail begründet.

Wenn wir in der folgenden Abhandlung eine Geschichte der Auflassung zu liefern beabsichtigen, so beschränken wir uns im wesentlichen auf die Frage nach dem Eigenthumsübergange und berühren nur gelegentlich die für sonstige dingliche Rechte geltenden Rechtsgrundsätze. Denn mit Bezug auf den Erwerb der letztern gehen die partikulären Bestimmungen noch weiter aus einander, als in Betreff des Eigenthums, und es läßt sich eine irgendwie befriedigende und zugleich richtige Darstellung nicht in diesem Zusammenhange, sondern nur gesondert, für die einzelnen dinglichen oder dinglich wirksamen Rechte liefern. Ist ja auch noch in den neuesten Gesetzgebungen das Prinzip, daß dingliche und dinglich wirksame Rechte an Grundstücken in den Grundbüchern eingetragen werden sollen, nur für einzelne Rechte durchgeführt, während die Existenz von anderen unabhängig von der Eintragung ist.

I. Die Zeit der Volksrechte.

§. 1.

Die Frage, welche Rechtsgrundsätze in der älteren Zeit galten, ist darum so schwer mit Sicherheit zu entscheiden, weil die in größter Fülle vorhandenen Urkunden über einzelne Uebertragungen wohl mit willkommener Ausführlichkeit die thatsächlichen Vorgänge erzählen, aber fast gar keine Andeutungen darüber enthalten, von welchen Folgen dieselben für die Uebertragung des Rechts waren. Auch fehlt es an gerichtlichen Entscheidungen darüber, inwiefern die Unterlassung der einzelnen, gebräuchlichen Akte einen Mangel an dem Erwerbe des Rechts bedinge.

Die Volksrechte geben den Vorgang bei der Auflassung nicht genauer an, sondern beschränken sich auf die Forderung, daß ein Akt vor Zeugen vorgenommen, resp. eine Urkunde aufgenommen werde, um für den Erwerber ein festes Recht zu begründen.

Nur die L. Salica (c. 46. de adfathamire) spricht von gerichtlicher Auflassung für den Fall der Vermögensübertragung durch einen Salmann. Nachdem der Veräußerer sein Vermögen einem Salmann in dem vom Centenar angesagten mallus d. h. in dem gebotenen Gericht übertragen hat, nimmt der Salmann später die Veräußerung an den Bedachten entweder vor dem Könige oder im ungebotenen Gericht vor (aut ante regem aut in mallo legitimo; ante regem aut in mallo publico legitimo)[2]. Auf Grund dieser Nachricht haben manche Gelehrte, welche im allgemeinen nicht die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Handlung für das älteste Recht behaupten, sie doch für das salfränkische Recht angenommen[3]. Es ist aber zu beachten, daß jene Vorschrift sich nicht auf jede Auflassung, sondern nur auf die durch einen Salmann vermittelte Vergabung von Todes wegen bezieht und daß für solche Rechtsgeschäfte sich sehr wohl das gesetzliche Gebot der gerichtlichen Vornahme rechtfertigt. Auch bei den Ribuaren galt für Vergabungen von Todes wegen ein anderes Recht, als für gewöhnliche Auflassungen und Karl d. Gr. bestimmte[4], daß wer alium quemlibet heredem sibi facere voluerit, die Handlung coram rege vel coram comite et scabinus vel missus dominicus vornehmen solle.

Die Lex Ribuaria sagt im allgemeinen, daß bei Ver-

---

2) Vgl. über diese Stelle auch Sohm, die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung I. 1871 S. 68 ff.

3) So Sandhaas S. 24 f.

4) Cap. ad L. Rib. a. 803 c. 9 (Mon. LL. I. p. 118).

äußerungen in mallo eine Urkunde mit einer bestimmten Zahl von Zeugen aufgenommen werden solle (59. 1), daß aber, falls man keine Urkunde erhalten könne, es ausreichend sei, wenn die Uebergabe auf dem Grundstück selbst (locus traditionis) vor einer Anzahl Zeugen erfolge (60. 1). Im ersten Fall war das Rechtsgeschäft gerichtlich verlautbart und durch eine gerichtliche Urkunde bekundet, im zweiten Falle wird das Zeugniß dadurch ersetzt, daß die Uebergabe auf dem Grundstück selbst und zwar nicht bloß vor gewöhnlichen Zeugen, sondern auch noch vor einer Anzahl von Knaben erfolgt, welche am Ohr gezupft werden; da man keine Urkunde hat, will man durch die Zuziehung der Kinder den Beweis des rechtmäßigen Erwerbes auch für die späte Zukunft sicher stellen, in welcher vielleicht Niemand mehr von den eigentlichen Zeugen am Leben ist[5]). Aber das alles sind keine Erfordernisse für den Erwerb des Rechts, sondern nur Formen für den künftigen Beweis desselben. Denn auch derjenige, welcher keine Urkunde besitzt und keine Zeugen für seinen Erwerb anführen kann, rem suam cum sex sive cum septem cum sacramenti interpositione sibi studeat evindicare (60. 1).

Auch die übrigen gesetzlichen Vorschriften der ältern Zeit fordern keine gerichtliche Auflassung, sondern die Ausstellung von Urkunden oder die Zuziehung von Zeugen, aber auch dies theilweise nicht für alle Rechtsübertragungen, sondern nur für Zuwendungen an die Kirche. Für diese letzteren allein bestimmt die L. Alam. I. 1: per cartam de rebus suis ad ecclesiam ... firmitatem faciat et testes VI vel VII ad-

5) Ueber die testes per aures tracti, welche hauptsächlich in baierischen Urkunden vorkommen, vgl. Grimm, R. A. S. 144 f. 857. Merkel, Zeitschr. f. Rechtsg. II. S. 119 ff.; über diesen Gebrauch auch in der Normandie Brunner, Entstehung der Schwurgerichte. 1871. S. 196 f.

hibeat et nomina eorum ipsa carta contineat et coram sacerdote ... super altare ponat et proprietas de ipsas res ad illam ecclesiam in perpetuo permaneat. Und L. Baiwar. I. 1 fordert entsprechend für Zuwendungen an die Kirche die confirmatio per epistolam, welche der Veräußerer selbst und 6 oder mehr in ihr vermerkte Zeugen durch Handauflegen bestärken und auf den Altar in Gegenwart des Priesters legen; im übrigen wird nach XVI. 2 eine Veräußerung bewiesen per cartam aut per testes, und zwar durch 2 oder 3 am Ohr gezupfte Zeugen[6]); vgl. auch XVI. 15.

Das Burgunderrecht verlangt gleichfalls eine Handlung vor Zeugen und die Ausstellung von Urkunden, aber nicht bloß für den künftigen Beweis, sondern auch zur Rechtsgültigkeit der Uebertragung. Lex Burgund. tit. 60: si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit, seien mindestens 5 Zeugen zuzuziehen, welche ebenso wie nach baierischer Sitte an den Ohren gezupft werden; die Zeugen sollen nach tit. 43 die Urkunde unterschreiben oder mit ihren signa versehen; und noch bestimmter erklärt tit. 99 die Veräußerung, welche nicht durch eine von Zeugen (loci illius consistentes) unterschriebene Urkunde bestärkt wird, für ungültig und bedroht den Erwerber mit dem Verlust des gezahlten Kaufpreises.

Dagegen giebt wiederum das langobardische Recht (Ed. Roth. 172) für seine Vorschrift, daß die thinx non absconse, sondern vor Zeugen geschehen soll, als Motiv an, ut nulla in posterum oriatur intentio.

Wenn die Ansicht Beseler's, daß eine gerichtliche Auflassung nicht erfordert wurde, in der neueren Literatur fast allgemeine Anerkennung gewonnen hat, so glaubt doch Sand-

---

6) Vgl. die Stelle mit ihrer weniger bestimmten Quelle, ant. Reccar. 286, L. Wisig. V. 4. 3.

haas S. 24 f., unter Zustimmung von Merkel S. 173, das Gegentheil für das sächsische Volksrecht behaupten zu dürfen, auf Grund von L. Saxon. 61: traditiones et venditiones omnes legitimae stabiles permaneant. Aber warum soll denn traditio legitima eine in mallo legitimo vorgenommene Uebertragung sein?[7] Vielmehr besagt der Ausdruck einfach, daß die Uebertragung ordnungsgemäß vor sich gegangen sei; er kommt in Urkunden sehr häufig vor, wo unzweifelhaft die Veräußerung nur vor Zeugen, in einer Kirche erfolgt war[8]. So fehlt es denn an jedem Beleg dafür, daß es, abgesehen von der Vergabung von Todes wegen nach fränkischem Recht, der Mitwirkung des Richters oder der Gemeinde bedurft hätte.

§. 2.

Bekanntlich werden in zahlreichen Urkunden und in Capitularien zwei Akte bei der Uebertragung von Grundstücken unterschieden[9], von denen der eine die feierliche Erklärung des Veräußeres gegenüber dem Erwerber enthält, er wolle ihm

---

7) Dies versteht unter traditio legitima auch Zimmerle, Stammgutssystem S. 40. — Dagegen, daß damit die in den Formen des Gesetzes vorgenommene Uebertragung bezeichnet werde, vgl. Beseler S. 24. N. 11, Häberlin, Meichelbeck's Urkundensammlung. S. 197. — Bluntschli, Zür. Rechtsgesch. I. S. 88 f. behauptet ganz allgemein die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung und nimmt nur bei Veräußerungen an die Kirche eine Ausnahme an. Sein einziger Beweis ist der Ausdruck legitima traditio im Capitular von 817 c. 6 (Mon. LL. I. p. 211), worunter er gleichfalls die gerichtliche Auflassung versteht.

8) Z. B. Beyer, mittelrh. Urk. B. I. Nr. 164 a. 924, Urk. des Erzbischofs von Trier: in nostra nostrorumque fidelium circumstantium clericorum atque laicorum presentia legaliter tradidit ad altare; I. n. 169 a. 928 ebenso bei einer Veräußerung in einer Kirche: dedi legali et firmissima traditione.

9) Den Hypothesen v. Bar's Beweisurtheil. S. 179 ff. N. 330 über die erst in späterer Zeit erfolgte Auseinanderlegung dieser beiden Akte vermag ich nicht beizutreten.

sein Recht übertragen (traditio, sala, Auflassung), der andere aber die Uebergabe des Besitzes selbst an den Erwerber ist (vestitura, giweri, Einweisung). Doch scheint man sich der feierlichen Formen der Auflassung in älterer Zeit nur bei der Uebertragung des Eigenthums bedient zu haben, und zwar gleichviel ob der Besitz sofort nach Uebertragung des Rechts oder erst nach dem Tode des Veräußeres (cessiones, traditiones post obitum) übergehen sollte; für die Uebertragung von Grundstücken, besonders kirchlichen, zu abgeleitetem Besitz, reichte wohl der einfache Vertrag und die Urkunde [10]) aus.

Bei der Uebertragung des Eigenthums kommt die feierliche Willenserklärung des Veräußerers, die Zuziehung von Zeugen, die Ausstellung einer Urkunde und die Einweisung in den Besitz in Betracht. Daß eine völlig formlose, ohne Zeugen erfolgte Veräußerung ausgereicht hätte, ist durchaus unwahrscheinlich; keine Rechtsquelle sagt es und die urkundlichen Denkmäler scheinen darauf hinzuweisen, daß nicht bloß wegen des künftigen Beweises, sondern auch wegen der Gültigkeit des Geschäfts Zeugen zugezogen und Symbole angewendet wurden.

a) Die Erklärung des Veräußeres gegenüber dem Erwerber erfolgte in besonders feierlicher Form, regelmäßig unter Uebergabe eines Symbols, welches entweder die Festigkeit des Willens andeuten oder das veräußerte Grundstück vorstellen sollte. Besonders verbreitet war die Uebergabe des Halms, der festuca oder stipula [11]), oder eines von dem Grundstück ge-

---

10) Vgl. z. B. L. Alam. 19; diese Stelle scheint sich auf precariae zu beziehen, während c. 20 von definitiven Veräußerungen handelt.

11) Zuerst in der L. Salica 46 der Halmwurf. — Abgesehen von den sehr zahlreichen Formeln, welche ausführlich der Uebergabe der festuca gedenken (Grimm, Rechtsalterth. S. 121 ff.), weist auf dies Symbol die gleichfalls sehr häufige Formel stipulatione subnixa hin, Grimm S. 123; vgl. auch Tomaschek, Rechtsentwickelung in Trient (Sitzungsb. der Oestr. Ak. Febr. 1860) S. 348 f. — Daß die in fränkischen Urkun-

nommenen Rasens, eines Baumzweigs von demselben[12]) u. s. w.[13]). Durch Ueberreichung des Symbols giebt der Veräußerer seinen Willen zu erkennen, sein Recht an dem genauer bezeichneten, resp. auch durch das Symbol vorgestellten Grundstück zu übertragen und selbst darauf zu verzichten. Erfolgte die Veräußerung an eine Kirche, so pflegte man das Symbol auf den Altar zu legen, indem man den Heiligen, dessen Reliquien in dem Altar ruhten, als den eigentlich Bedachten ansah[14]). — Durch die formelle Erklärung wird das

---

den oft erwähnte festuca nodata nicht eine festuca notata, ein mit der Hausmarke des Grundstücks versehener Stab (wie Michelsen die festuca notata 1856 annahm), sondern der geschoßte, gegliederte Halm sei, vgl. Homeyer, Hausmarke 1870. S. 233 ff. — Ueberhaupt war die festuca nicht ein das Grundstück repräsentirendes, sondern ein ganz allgemeines Willenssymbol, welches bei den allerverschiedensten Rechtsverhältnissen vorkommt.

12) Darüber auch c. 2 XI. 4. — In ähnlicher Weise wie bei der Auflassung, wird auch bei Prozessen das Grundstück durch ein Symbol repräsentirt, L. Alam. 87 (Erdscholle und Baumzweig).

13) Die Symbolik ist außerordentlich reich; in Betreff ihrer verweise ich besonders auf Grimm, Rechtsalterth. S. 109 ff., Sandhaas S. 41 ff. Nicht erwähnt ist bei Grimm die Uebergabe der Altardecke, besonders in Baiern, tradere per pallium, z. B. Urk. des 8. Jahrh. bei Kleinmayrn, Juvavia. S. 39, Meichelbeck I. N. 160, 166, 314, 476, vgl. darüber auch Merkel S. 153. — Irrig deutet Beseler (S. 30 N. 23) die corda, unde signum tangitur als Schnur, woran das Siegel hing; vielmehr wird so das Glockenseil bezeichnet, vgl. Grimm S. 184 und noch Meichelbeck I. N. 550.

14) Meichelbeck I. N. 421 a. 821: ... adsumpsit parentes et propinquos proprios, tulit cespites de his duobus locis virides, similiter et frutecta virida ad plantanda in claustra Virginis Mariae, et veniens ad ... Episcopum .... coram cuncto Clero atque populo ad hanc solemnitatem congregato accessit ad altare S. Mariae et desuper posuit cespites et frutecta ... quas tulerunt O. Presbyter et O. Monachus et plantaverunt eas in claustra. — Noch im Jahre 1169 (Beyer, mittelrh. Urk. B. I. N. 659) wird zu Trier eine Schenkung in der Weise vollzogen, daß die Veräußerer in Gegenwart von Geistlichen und Laien wirpiverunt et super altare posuerunt.

vorangegangene Rechtsgeschäft, welches die Uebertragung des Grundstücks zum Gegenstande hatte, bestätigt und ausgeführt; das Recht an dem Grundstück erscheint jetzt als übergegangen.

b) Doch genügte es nicht, wenn diese Uebertragung bloß zwischen dem Veräußerer und Erwerber als reiner Privatakt stattfand; freilich die Gegenwart des Richters oder eine gerichtliche oder obrigkeitliche Bestätigung war nicht erforderlich; aber coram testibus legitimis, vor einer größeren Zahl von Zeugen soll die Auflassung erfolgen. So bestand bis in das spätere Mittelalter hinein bei den verschiedensten deutschen Stämmen der Gebrauch, besonders wenn eine geistliche Anstalt einen Rechtserwerb machen sollte, in der Kirche, vor dem Altar, in Gegenwart der Geistlichkeit und der versammelten Laien die Uebertragung vorzunehmen[15]. Man benutzte aber auch andere Versammlungen, in denen sich eine größere Menschenmenge zusammen gefunden hatte[16], oder lud ausdrücklich zum Zweck

---

15) Da die Beispiele für diesen Gebrauch außerordentlich zahlreich vorhanden sind, beschränke ich mich darauf, ihn aus späterer Zeit nachzuweisen: Urk. a. 1018 (Erhard, Regesten N. 96) eine Schenkung an das Bisthum Paderborn ante altare Dei genitricis. — a. 1226 (Erhard Cod. dipl. n. 198) eine Auflassung zu Corvey super altare .... coram omni congregatione et laicis tam nobilibus quam liberis et ministerialibus. — a. 1106 (Quellen z. Gesch. d. Stadt Köln I. S. 494): Actum est hoc publice in ecclesia sanctorum apostolorum. — a. 1169 (Beyer I. N. 659) zu Trier eine Schenkung in Gegenwart des Archidiakons: super altare. — a. 1227 (Lacomblet II. N. 148): in capitulo b. virginis Aquis coram tota ecclesia et coram Wilhelmo advocato, sculteto, scabinis, burgensibus, militibus et hominibus imperii in Aquis et circamanentibus. — c. a. 1260 (Urk. B. des Landes ob der Enns III. N. 292): contuli ecclesie beate Marie virginis ibidem ponendo manum meam super altare ..... predium.

16) a. 1244 (Möser, Osnabr. Gesch. Urkk. N. 306) coram decano Barnone S. Johannis in Synodo et postmodum coram nobis

der Auflassung eine Anzahl von Zeugen, bisweilen in sein eigenes Haus, ein[17]). Oft erscheinen auch Grafen oder sonstige Beamte in der Kirche oder an andern Orten als Zeugen; aber sie geben nicht in ihrer amtlichen Eigenschaft dem Rechtsgeschäft erst seine volle Kraft, sondern sind nur einfache, aber vornehme Zeugen[18]).

Als ganz besonders geeignet für Auflassungen erschienen die Gerichtsversammlungen, sei es die gebotenen, bei welchen Richter, Schöffen und sonstige Zeugen anwesend waren[19]), sei es die ungebotenen Gerichte des Bezirks, in welchem das Grundstück lag[20]). Die in diesen Gerichten versammelten Personen

---

(sc. decano Ecclesiae Osnabr.) in capitulo nostro. — a. 1224 (Arnold, Gesch. des Eigenthums in den deutschen Städten S. 309): zu Basel eine Auflassung vor dem Bischof coram nobis in publica sinodo, sinodali justicia dictante.

17) Urk. a. 839 (Meichelbeck I. N. 607): der Veräußerer R. lädt den Bischof ein; außerdem sind noch zahlreiche Zeugen zugegen (coram omnibus vicinis et cognatis suis): ipse vero R. viriliter circumcinctus gladio suo stabat in medio triclinio domus suae tradiditque u. s. w.

18) Bei Lacomblet erscheint zum ersten Mal ein Graf a. 800 I. N. 16, dann aber häufig; in Beyer's niederrh. Urk. Buch zuerst a. 853 I. N. 83; in Dronke's Cod. dipl. Fuldensis zuerst a. 772. N. 40.

19) Beispiele von gebotenen Gerichten zum Zweck der Auflassung sind mir abgesehen von der oben besprochenen Nachricht der Salica erst aus dem 12. Jahrhundert bekannt; vgl. z. B. Lacomblet I. N. 364, 505 a. 1148, 1187; Mon. Boica XXII. 61. — Bei manchen Erwähnungen wird es sich nicht feststellen lassen, ob gebotene oder ungebotene Gerichte gemeint waren.

20) Beispiele dafür sind sehr zahlreich; vgl. Beseler S. 39 N. 40 und auch die Urkunden für cessiones post obitum bei Roth, Feudalität und Unterthanenverband S. 154 ff.; freilich ist es nicht für alle gleichmäßig sicher, daß gerade die gerichtliche Auflassung gemeint ist. — Weitere Beispiele: a. 765 bei Meichelbeck I. N. 13: Ego .... Poapo vir nobilis congregavi multitudinem parentum meorum ....

fungirten nicht bloß als Zeugen, sondern sprachen gelegentlich auch ihre Billigung des ganzen Verfahrens aus[21]).

c) Um späterhin wegen des Beweises die erforderliche Sicherheit zu besitzen, ließen die Parteien häufig Urkunden über die erfolgte Uebertragung aufnehmen. Das Recht an dem Grundstück ist bereits durch die Auflassung vor Zeugen übergegangen, die Urkunde ist nur ein Beweismittel und bescheinigt, daß die in ihr genannten Personen bei der Handlung zugegen gewesen sind[22]). Indem regelmäßig einzelne Zeugen die Urkunde unterschrieben, bestärkten sie dieselbe resp. das Rechts-

---

per quandam dubitationem filiorum meorum, consiliavi cum illis... ut hereditatem meam domui S. Mariae tradidissem. Interea contigit, ut condictum est publicum Synodum seu alium placitum ad Frisingam fieri, et ego Poapo veniens veniebam cum parentibus et fidelibus meis . . . coram omni clero seu parentibus meis confirmantibus tradidi; einige baierische Beispiele auch bei Merkel S. 107 f., dann auch Ried C. D. I. n. 22. a. 822, Meichelbeck I. N. 212; Dronke n. 338 a. 819.

21) Beyer I. N. 325 (12. Jahrh.): placuit mihi hic testes inducere, ad quorum si illis opus fuerit testimonium valeant confugere, qui videlicet.... audierunt.... et consuluerunt, qualiter in pleno placito coram R. advocato aliisque perplurimis predictum predium judiciaria judicumque lege totiusque populi succlamatione recepissem.

22) Die Ausdrücke werden in den Rechtsaufzeichnungen nicht überall präcis gewählt und es macht Heusler, die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe 1871. 4. S. 25 ff. mit Recht darauf aufmerksam, daß die Urkunde bisweilen nicht wie ein Beweismittel, sondern wie der Erwerbsgrund des Rechts erscheint, indem man beides nicht scharf aus einander hält. — Daher glaube ich auch, daß Roth, Feudalität S. 153 mit Unrecht von der „Uebertragung durch Schrift" handelt. Denn es fehlt an Belegen, daß eine einfache, von Zeugen unterschriebene Urkunde, ohne vorangegangene Auflassung zum Uebergange des Rechts genügte; nicht die Urkunde, sondern der in ihr bescheinigte Rechtsakt überträgt das Recht. — Auch L. Rib. 48 spricht nicht dagegen, vgl. Beseler S. 103; anderer Ansicht Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher S. 79 f.

geschäft selbst (firmitatem facere, firmare)[23]). Durch ihre Unterschrift verbanden sie sich im Fall künftiger Streitigkeiten Zeugniß über den Rechtserwerb zu leisten; bisweilen verpflichteten sie sich noch dem Erwerber gegenüber dafür einzustehen, daß er ohne Störung zum Besitz des Grundstücks gelangen werde[24]). Je vornehmer die Zeugen sind, um so größere Kraft hat die Urkunde, um so mehr erscheint das Rechtsgeschäft gegen spätere Anfechtung gesichert[25]).

---

23) Z. B. Meichelbeck I N. 24: tradidimus et cum testibus confirmavimus; ... manu mea propria subter firmavi et bonis hominibus ad roborandum decrevi. — I. N. 111: meis et me rogantibus bonorum hominum manibus confirmata. — I. N. 441: tradidi et cum testibus confirmavi. — Per epistolam omnique tempore firmiqrem obtineat roborem, manu mea propria subter firmavi et bonis hominibus ad roborandum decrevi. — Dronke I. n. 219: ut haec traditio firmior habeatur, testibus eam volo presentibus confirmare. — I. n. 280: donatio nostris vel bonorum hominum manibus roborata firma et stabilis permaneat. — I. n. 351: quam traditionem fidelibus conabor testibus confirmare, ne iterum sit necesse tandem traditionem novis renovare subscriptionibus. — Die besondern Förmlichkeiten bei der Ausstellung der Urkunde, insbesondere der Gebrauch, daß die Zeugen zum Zeichen ihres Wissens und Einverständnisses die Hand auf die Urkunde legten (vgl. z. B. C. Trad. S. Gallens. p. 128, Dronke n. 232, 333, Lacomblet I. n. 2 ff.) haben für uns hier kein besonderes Interesse.

24) Z. B. Ried, cod. dipl. I. n. 30 a. 837: Et testes hujus traditionis ... sunt, ... qui et fidejussores vestiturae sunt. — Ueber Zeugen, welche sich zugleich für die Rechtsgültigkeit des Geschäfts verbürgen, die sog. saleburgiones vgl. Stobbe, Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 418 N. 20. Ein interessantes Beispiel für sie ist auch Lacomblet I. N. 354 a. 1145: Jemand schenkt Güter an eine Kirche datis insuper vadibus propter absentes ejus amicos, qui post obitum ejus coram matre ac sorore ceterisque cognatis ejus et amicis hec ita se habere et legitimam hanc fuisse donationem fideliter professi sunt.

25) Meichelbeck I. N. 33: ut haec donatio firma et stabilis permaneat stibulatione subixa facta et firmata per manus ... Episcopi.

Wegen der großen Wichtigkeit, welche die Urkunde für den Beweis des rechtsgültigen Besitzes hatte, wurde dieselbe nicht bloß unmittelbar nach der Auflassung oder Uebertragung des Besitzes ausgestellt, sondern es kommt auch vor, daß man erst später, bisweilen längere Zeit hinterher, nachdem zur Zeit der Auflassung aus irgend welchen Gründen dies Mittel der Befestigung unterblieben war, zur Anfertigung der Urkunde schritt[26]. Besondern Werth legte die Kirche darauf, ihren Besitzerwerb durch Urkunden sicher zu stellen und es verlangen auch das alamannische und das baierische Volksrecht, beide in ihrem Anfange, daß eine derartige Bestärkung (firmitas) der Auflassung vorgenommen werde[27]. Auch im Falle eines

26) Z. B. Beyer niederrh. Urk. B. I. N. 36, ungefähr 794: Karl der Gr. erklärt, daß Karlmann eine Schenkung gemacht habe: sed negligentia eveniente nequaquam cartula concessionis ipsius germani nostri exinde accepta. Der Erbischof sagt nun, das Kloster besitze jene Güter völlig unangefochten, sed pro totius rei firmitate petiit a celsitudine nostra, ut hoc nos denuo . . . per nostram auctoritatem erga . . . sanctum locum concedere atque confirmare deberemus. — Andere Belege: Beyer I. N. 42 a. 804, l. N. 371 a. 1071. — Meichelbeck I. N. 219: ein Priester hat die Hälfte seines Vermögens tradirt. Nunc autem valde magna egritudine depressus jam pristinam traditionem confirmare decrevi ad me venientibus . . . viri religiosi . . . inter aliis multis adstantibus hanc cartulam fieri rogavi et ipsorum manibus pariter in aram . . . reponi. — Daß bei Schenkungen an die Kirche die Urkunde auf den Altar gelegt werden soll, hatte auch die oben angeführte L. Alam. I. 1 und L. Baiw. I. 1 bestimmt; ein weiteres Beispiel dafür Meichelbeck I. N. 7; vgl. auch Merkel, Zeitschr. II. S. 153. — Verschieden davon ist das cartam levare, das Erheben der Urkunde mit den auf sie heraufgelegten Schreibmaterialien, vgl. darüber Grimm, Rechtsalterth. S. 557, Beseler S. 45.

27) Interessant ist die Stelle bei Gregor von Tours IV. 12, wo von einem Bischof Cantinus gesagt wird, daß er sich durch alle möglichen Mittel die Besitzungen seiner Nachbarn zu erwerben suchte: nec dabat precia contemnens, nec accipiebat instrumenta desperans; er zahlte nicht den Kaufpreis für die Güter, welche er besitzen wollte, und konnte so auch keine Urkunden über den Besitztitel erlangen.

Tausches semper epistulam firmitatis faciat, ut contentio non fiat nec ecclesia perdat, quod legitime possidere deberet (L. Alam. tit. 20).

Wenn manche Urkunden der Auflassung vor Zeugen keine ausdrückliche Erwähnung thun, sondern bloß den Kauf oder Tauschvertrag zu ihrem Gegenstande haben, so darf man doch wohl in den meisten Fällen annehmen, daß ein symbolischer Akt vor Zeugen vorhergegangen ist[28]), und in zahlreichen Urkunden wird derselbe auch durch die kurze Formel stipulatione subnixa (vgl. oben S. 145) angedeutet. Wenn z. B. der Schenker von Grundstücken an die Kirche sagt, daß er seine Schenkung vollziehe per hanc epistolam donationis, so heißt es doch am Schluß der Formel: et haec donatio cum stipulatione subnixa firma et inlibata permaneat[29]).

Aber die Könige scheinen sich auch schon in ältester Zeit über die sonst üblichen Formeln hinweggesetzt und ihre urkundliche von ihnen unterschriebene und untersiegelte Erklärung für ausreichend erachtet zu haben[30]).

---

28) Vgl. auch Sandhaas S. 28 f. gegen Beseler S. 44.

29) Merkel'sche Formel N. 5 (Zeitschr. f. Rechtsg. I. S. 199). — Oder Dronke n. 87 a. 788, wo die Schenker sagen, daß sie die Grundstücke übertragen per hanc epistolam traditionis, und sie am Schluß der Urkunde bezeichnet werden als, qui hanc traditionem fecerunt; vgl. auch Beseler S. 45 ff. Aehnlich sind auch solche Urkunden und Formeln aufzufassen, welche gar nicht der Auflassung gedenken, wie z. B. Meichelbeck I. N. 317, 334, Rozière formules n. 162—164. — Angedeutet finde ich auch die Auflassung in Urkunden, wie Beyer I. N. 60 a. 834, wo Jemand sein Eigenthum dem Kloster überträgt solempni more per testamentum donationis manu sua et virorum illustrium manibus roboratum; denn das solempni more ist wohl eher von der Feierlichkeit der Auflassung, als von der besonders formellen Ausstellung der Urkunde zu verstehen.

30) Z. B. Marculf I. 14 (Rozière n. 147) eine königliche Schenkung absque ullius expectata judicum traditione; vgl. Dronke N. 524, 620 und viele Belege bei Beseler S. 45. N. 60.

d) Da ursprünglich zur Rechtsbeständigkeit und Wirksamkeit einer Auflassung weder die Mitwirkung des Richters noch die thatsächliche Uebergabe des Grundstücks gehörte, galt auch keine Beschränkung in Betreff des Orts, wo der Rechtsakt vorgenommen wurde. Wenngleich man regelmäßig den Ort gewählt haben wird, wo das Grundstück liegt, oder wo die Personen, welche das Rechtsgeschäft vornehmen wollen, ihre Heimath oder ihren Wohnsitz haben, so durfte man doch auch einem andern Ort aus irgend welchen faktischen Motiven den Vorzug geben. Dies wird für das fränkische Reich ausdrücklich in dem bekannten Capitulare Ludwig's des Fr. vom Jahre 817 ausgesprochen. Während Karl d. Gr. in Bezug auf die Schenkungen an die Kirche bestimmt hatte[31]):

> Si quis res suas pro anima sua ad casam Dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram testibus legitimis,

läßt Ludwig d. Fr. den Akt auch auswärts zu und zwar nicht bloß bei Zuwendungen an die Kirche, und verordnet für Auflassungen extra eundem comitatum, daß wo möglich Zeugen aus der Heimath zugezogen werden[32]), — wahrscheinlich, damit die in der Heimath üblichen Symbole und Erklärungen

31) Capitulare a. 803. c. 6 (Pertz I. p. 113).

32) Capitulare a. 817. c. 6 (Pertz I. p. 211): Si quis res suas pro salute animae suae vel ad aliquem venerabilem locum vel propinquo suo, vel cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit, in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem facere studeat. Quod si eodem tempore quo illas tradere vult extra eundem comitatum fuerit, id est sive in exercitu sive in palatio, sive in alio quolibet loco, adhibeat sibi vel de suis pagensibus, vel de aliis qui eadem lege vivant, qua ipse vivit, testes idoneos; vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri possint; et coram eis rerum suarum traditionem faciat, et fidejussores vestiturae donet, qui ei qui illam traditionem accipit, vestituram faciat.

beobachtet werden können. Wenngleich die uns urkundlich überlieferten Auflassungen meistens in der Nähe des Grundstücks und in dem Gerichtsbezirk desselben vorgenommen wurden, und sich allmählich immer mehr eine solche Regel befestigte, so besitzen wir doch auch zahlreiche Beispiele dafür, daß man den Akt auswärts vornehmen durfte[33]).

e) Aus der Unsicherheit, ob eine Auflassung nach allen Richtungen hin das erworbene Recht sicher stellen würde, und da es an festen, gesetzlich bestimmten Formen für die Eigenthumsübertragung fehlte, erklärt es sich, daß man sich oft nicht mit einer Auflassung begnügte, sondern dieselbe mehrmals und an verschiedenen Orten vornahm, um durch die wiederholte Handlung womöglich ihre Rechtsbeständigkeit zu verstärken[34]). Einmal findet die Auflassung in dem Sprengel statt, wo die Güter liegen, das zweite Mal da, wo der Erwerber oder Veräußerer sein Domizil hat. Insbesondere bei Veräußerungen an geistliche Stifter waren solche verschiedene Akte gebräuchlich, sowohl in dem forum rei sitae, als auch in der bedachten Kirche selbst[35]).

33) Vgl. Dronke n. 180: eine Hofstätte in Mainz wird dem Kloster Fulda in Fulda übertragen; Böhmer Acta Imperii I. n. 128 a. 1167: Güter bei Merseburg werden dem Kaiser zur Salmannschaft in curia Wirzeburg übertragen; die definitive Auflassung an den Bedachten soll im forum rei sitae erfolgen.

34) Eine Reihe von Belegen für mehrfache Auflassungen habe ich zusammengestellt in Bekker's u. Muther's Jahrbuch I. S. 438 f., V. S. 32; vgl. auch Beseler I. S. 35 f. u. baier. Urkk. bei Merkel S. 101 ff. — Vgl. Ried C. Dipl. I. n. 6 a. 787: eine Auflassung an ein Regensburger Kloster zuerst in ecclesia S. Petri zu Wörd, in Gegenwart einiger Geistlichen. Et deinde coram S. Episcopo ad Reganesburc renovata haec traditio.

35) Z. B. Ried Cod. dipl. I. n. 14. a. 808: Tradition vor Zeugen; et alia die firmata est haec traditio in Gegenwart von 2 Grafen und andern Zeugen. Firmamus (der Veräußerer) autem nos hanc traditionem .... in Ecclesia S. Emmerani, in Gegenwart des Bischofs.

Auch wiederholte man die Auflassung, wenn es für die erste Veräußernng an ausreichenden Beweismitteln fehlte[36]), etwa eine größere Zahl der Zeugen weggestorben war; oder der Sohn nahm nach dem Tode des Vaters oder auch bei dessen Lebzeiten eine neue Auflassung zur Bestärkung vor[37]).

Eine solche zweite Auflassung kann man nicht als erneute Uebertragung des Rechts auffassen, weil der Veräußerer nach der ersten Auflassung gar kein Recht mehr hat, sondern nur als erneuten Verzicht auf sein Recht und als Bestätigung des ersten Akts, woher diese Erneuerung auch als confirmatio bezeichnet wird[38]).

Ein anderes Bestärkungsmittel war die Auflassung durch Vermittlung eines Salmann[39]): der Veräußerer tradirt das Grundstück der Mittelsperson mit dem Auftrage es später dem

---

Erhard C. dipl. n. 40 a. 889: Der Bischof W. von Minden schenkt in der Pfalz Kaiser Arnulfs zu Frankfurt ein Gut an das Kloster Werden; dann Erneuerung der Tradition zu Werden, Zustimmung zu dieser Handlung zu Minden; endlich nochmalige Tradition in der Gegend des geschenkten Grundstücks. — Beyer I. n. 245. a. 975: Prekarei zwischen einer Trierer Abtei und einem Trierer Archidiakonus über Güter im Eifelgau: Acta est hec traditio publice in comitatu Zulpiche in villa L..... Confirmata est denuo publice Treviris in monasterio. — Merkel S. 106 ff. — Sohm, altdeutsche Reichs- u. Gerichtsverfassung I. S. 365. N. 22 macht auch auf die alamannische Formel bei Rozière n. 366 aufmerksam, wo die Auflassung an dem ersten Tage des Gerichts coram seniore comite erfolgt und 2 Tage darauf traditio roborata est, wo sich also in den 2 Tagen herausgestellt hat, daß Niemand Widerspruch erhoben hat.

36) Z. B. Trad. S. Gall. p. 237. n. 30. a. 852: Hanc autem traditionem ideo ego facere volui, quia illa prior traditio, quam St. fecit, non perfecta nec litteris fuit mandata.

37) Meichelbeck I. n. 7, n. 421. a. 821, Merkel S. 104 f., S. 107. —

38) Vgl. z. B. d. Urk. a. 975 in Note 35.

39) Genaueres in meinem Aufsatz über die Salmannen, in d. Ztschr. f. Rechtsgeschichte VII. S. 405 ff., besonders S. 408 ff., 415 ff.

eigentlich Bedachten aufzulassen, oder er läßt das Gut, welches er selbst bereits dem Bedachten aufgelassen hat, demselben noch einmal durch den Salmann übertragen: dadurch entstand für den Erwerber der Vortheil, daß ihm nicht bloß der Veräußerer, sondern auch die Mittelsperson für sein Recht Gewährschaft zu leisten hatte.

Weiter suchte man die Uebertragung des Rechts gegen spätere Anfechtungen sicher zu stellen, indem man den Bischof oder einen andern Priester sie bestätigen ließ[40]), oder den Schutz des erworbenen Rechts einem vornehmen Manne anvertraute[41]), oder indem man den Rechtsakt vor dem Könige vollzog und die Urkunde von ihm unterzeichnen ließ[42]). Auch gab man der Auflassung dadurch eine besondere Feierlichkeit, daß man sie, und zwar auch an Orten, wo den Erben kein

40) Z. B. Beyer I. n. 374 a. 1074; der Erzbischof von Mainz sagt: omnia episcopali banno stabilivimus.

41) Lacomblet I. n. 355. a. 1138—1146: hanc autem traditionem (eine Uebertragung an eine Kirche) ipse (der Erzbischof von Köln) manu mea suscepi ecclesie firmiter defendendam, adjuncta mecum ex mundane legis consuetudine laica manu.

42) Eine Uebertragung, wobei der König als Salmann erscheint, in Marculf I. 13, vgl. darüber Roth Benefiz. Wesen S. 240 ff. — Beyer I. n. 55. a. 823 (ähnlich n. 56, 59, 63): Sed pro integra firmitate petierunt celsitudini nostrae (den König), ut ipsas commutationes denuo per nostram auctoritatem jure firmissimo teneat atque possideat. Der König spricht diese Bestätigung aus; jeder solle das seinige per hanc nostram auctoritatem jure firmissimo teneat atque possideat. — Cod. Trad. S. Gall. p. 304. n. 150 a. 869; noch im J. 1157 nimmt Friedrich I. eine solche Bestärkung vor (Böhmer Acta imperii I. n. 100).

In Baiern hat Herzog Tassilo oft das betreffende Rechtsgeschäft und die Urkunde bestätigt, vgl. Meichelbeck I. n. 4, 5, 7, 10, 11, 12. Roth Benef. Wesen S. 243 meint, daß es sich um Güter handelt, welche die Veräußerer vom Herzoge selbst zu Lehn trugen, Merkel ad L. Baiw. I. 1. N. 3, daß die nobiles den Consens des Herzogs hätten einholen müssen. Vgl. auch Waitz Verf. Gesch. II. (2. Aufl.) S. 257.

Beispruchsrecht zustand, unter Zustimmung und Theilnahme einer kleinern oder größern Zahl von Familiengenossen vornahm, wobei dann oft die symbolische Handlung der gesammten Hand stattfand[43])

War der Veräußerer selbst nicht in der Lage, um die Auflassung in allen Formen Rechtens zu vollziehen, so konnte sie durch einen Stellvertreter vorgenommen werden, wenn der Auftrag in bindender, feierlicher und beweisbarer Form ausgesprochen war[44]).

§. 3.

Zu der Traditio trat, wenn auch nicht immer, so doch meistens die vestitura oder investitura (deutsch als giweri bezeichnet) hinzu, d. h. die feierliche Einweisung, Einkleidung in den Besitz[45]), indem der Veräußerer oder in seinem

43) Belege dafür sind überflüssig; vgl. auch Merkel S. 138 f.

44) Vgl. die Mittheilungen in meinem Aufsatz über die Salmannen S. 410 f.; zu ihnen füge ich noch die späte Urkunde v. J. 1305 bei Seibertz II. n. 509 hinzu, wo Jemand den Freigrafen bittet, eine Auflassung ebenso vorzunehmen, als ob er selbst zugegen wäre.

45) Auch induere wird dafür gebraucht, z. B. Dronke n. 123: traditum esse volo.... firmissimamque habeatis potestatem... vos ad induendum.

Vereinzelt steht die Ansicht Rückert's S. 69 ff., daß vestire nicht die Einkleidung in den Besitz, sondern in das dingliche Recht bedeute, der Erwerber sei mit einem Kleidnngsstück bekleidet worden und dieses habe das Grundstück repräsentirt. Er kann dafür unter Bezugnahme auf das häufige manus vestita, manum vestire, nur das Symbol des Handschuhs anführen, welches übrigens gar nicht so häufig vorkommt (eine Anzahl von Nachweisungen bei Grimm Rechtsalterth. S. 152 f.). Aber 1) ist zu bezweifeln, ob der Erwerber den Handschuh wirklich aufzog; er hat ihn wohl nur in die Hand genommen, nachdem er ihm übergeben oder in die Höhe, in die Luft geworfen war; 2) bezeichnet der Handschuh nicht das Grundstück, sondern, hier wie in andern Anwendungsfällen, die Herrschaft; der Handschuh repräsentirt die Hand, den Körpertheil, mit welchem man seine Gewalt ausüben kann; 3) kommt

Auftrage ein Anderer[46]) den Erwerber in den Besitz des Grundstücks einführte und es zuließ, daß dieser in seiner Gegenwart Handlungen vornahm, durch welche er die Herrschaft über das Grundstück zur Erscheinung brachte[47]). Erfolgte die Einweisung unter feierlichen Formen, so sprach man von einem legaliter vestire, legaliter vestituram accipere[48]). In ihr lag zugleich eine erneute Erklärung des Willens zu veräußern und man verband bisweilen mit ihr noch einen wiederholten Verzicht auf das schon durch die Tradition übertragene Recht, woher man auch diese Handlung als confirmatio, firmitas traditionis bezeichnen konnte[49]).

Um den Beweis der rechtmäßig erlangten, thatsächlichen Herrschaft später führen zu können, wird die vestitio gleichfalls vor Zeugen vorgenommen, deren Namen man in der Urkunde über diesen Akt verzeichnete. Konnte man vornehme Personen oder Beamte zur Einweisung zuziehen, so hoffte man

---

er als Symbol bei der Traditio, aber nicht bei der vestitura vor; vgl. auch Merkel II. S. 154. N. 174.

46) Z. B. Dronke n. 490, Mon. Boica XXVIII b) p. 33, Meichelbeck I. n. 111, Beyer I. n. 102. — Neugart C. D. Alam. I. n. 424. a. 864: die Auflassung ist in Gegenwart des Königs erfolgt; der Erwerber bittet den König ihn durch seine Missi einführen zu lassen.

47) Merkel S. 155 vermuthet, daß die investitura dem Baierischen Recht ursprünglich fremd war und erst am Ende des 8. Jahrhunderts durch fränkische Vermittlung eingeführt wurde. Uebrigens ist sie nicht bloß bei Auflassungen im Gebrauch, sondern auch, wenn das Gericht Jemanden das Grundstück zugesprochen hatte; vgl. Beyer I. n. 144. a. 898. Dronke, n. 513.

48) Z. B. Meichelbeck n. 538. a. 829: ... tradidi .... Sequenti vero dominico die ... episcopus misit advocatum ... ut legaliter vestituram acciperet ... et illum ... A. legaliter et per postem et per superliminarem domus de jure suo et potestate ... vestivit.

49) Meichelbeck I. n. 366. a. 817: quatenus .... vestituram dimitteret et firmiter confirmaret; I. n. 395 (unten S. 163. N. 66).

um so mehr später die Rechtlichkeit des ganzen Vorganges darthun zu können[50]).

Auch über die erfolgte vestitura pflegte man eine Urkunde aufzunehmen, meistens in Verbindung mit der Beurkundung der Traditio: bald so, daß überhaupt die Urkunde, erst nachdem beide Akte vollzogen waren, ausgestellt wurde, bald aber auch, indem man auf der Urkunde über die Traditio später noch anhangsweise einen Vermerk über die Vestitura und deren Zeugen machte[51]).

Die faktischen Vorgänge bei der Vestitura waren sehr verschieden und werden in den Urkunden mit großer Ausführlichkeit beschrieben. Da es sich nicht bloß darum handelte, den Erwerber ruhig in den Besitz eintreten zu lassen, sondern auch die Identität und den Umfang des übertragenen Grundstücks zu konstatiren, pflegte der Veräußerer den Erwerber[52]) um die Grenzen des Guts herumzuführen[53]); der Erwerber zieht in das Gut hinein, der Veräußerer entfernt sich aus demselben[54]); der Erwerber schlägt hier seinen Wohnsitz auf,

50) Beyer I. n. 144. a. 898: vestitura vero in ipso monasterio a rege coram multitudine populi facta. — In der Urk. v. J. 819 (Merkel Zeitschr. f. Rechtsg. I. S. 162) erscheint die Theilnahme des Centenarius wie nothwendig. — Dronke n. 456: vor den missi comitis.

51) Besonders deutlich ergiebt sich die letztere Form der Beurkundung, wo die Bemerkung des Notars, daß er die Urkunde geschrieben habe, auf die Traditio folgt, und dann erst die Nachricht über die Vestitura hinzukommt. — In manchen Urkunden hielt man es für überflüssig, die Vornahme der Vestitura noch besonders zu vermerken.

52) Ist ein geistliches Stift bedacht, so werden ein Knecht desselben oder einige Mönche als Vertreter in den Besitz eingeführt; z. B. Meichelbeck I. n. 362, 410, 412, C. Trad. S. Gall. 128, Neugart n. 749. a. 963.

53) Meichelbeck I. n. 111, 326, 528, 586, 981; Beseler S. 30. N. 21, Merkel ad L. Baiw. p. 439.

54) Meichelbeck I. n. 550; Beseler S. 31. N. 25, welcher aber meines Erachtens mit Unrecht hierin eine symbolische Tradition findet.

bewirthet Gäste[55]) — gewiß ein deutliches Zeichen seiner Herrschaft, — hält sich längere Zeit dort auf[56]). Sicherlich erscheint der Besitz als auf den Erwerber übergegangen, wenn er sich 3 Tage und 3 Nächte hindurch ohne Widerspruch auf dem Grundstück befunden hat[57]).

Mit der Vestitura des Grundstücks ging auch der Besitz an den zu ihm gehörigen Unfreien über; bisweilen werden sie noch besonders übergeben, oder es wird nur Einer symbolisch tradirt, um damit den Uebergang der Unfreien überhaupt anzudeuten[58]).

---

55) L. Salica 46: quod in casa illius .... mansisset et hospites tres aut amplius collegisset et in beodum pultis manducassent, et testes collegisset et hospites tres aut amplius de susceptione gratias egissent. — C. Tradit. S. Gall. p. 128 werden in einem Proceß Besitzhandlungen aufgeführt: Saxo dixit, quod pavisset (der Besitzer) illum (nämlich den Saxo) ibidem .... quod vidissent Pettonem Monachum mansionaticum facere Wolfleozo Episcopo.

56) Meichelbeck I. n. 550: ipsam noctem nullo contradicente in ipsa domo de ipsis rebus vestitus ibidem mansit.

57) Ueber 3 Tage, als die Zeit, in welcher sich ein Verhältniß befestigt, vgl. meinen Aufsatz über Gewere (in Ersch' und Gruber's Encykl.) S. 457. Diese Triduana sessio wird als Baierisches Recht bezeichnet (Kraut Grundriß § 97. n. 66) und kommt hauptsächlich in Baierischen Urkunden vor: Kraut §. 97. n. 65—67, ferner 2 Urkunden des 11. Jahrh. bei Merkel S. 159. N. 210 a. E.; außerdem noch Meichelbeck I. n. 324, 410, 412, 423, 523, 538. — Aber sie findet sich auch anderwärts: Beyer I. n. 103. a. 865 (secundum legem), n. 374. a. 1074 (sicut jus et mos postulat), Neugart n. 45 (Grimm Rechtsalterth. S. 557), u. im spätern sächsischen Recht. Ueber die Bedeutung der triduana sessio vgl. bei der folgenden Periode.

58) So Beyer I. n. 103. a. 865: nach der vestitura des Grundstücks de omnibus .. mancipiis per servum unum nomine G. similiter eosdem missos (die Vertreter des Erwerbers) revestivit. — Handelt es sich bloß um die Veräußerung von Unfreien, so fällt die traditio mit der vestitura zusammen, Mon. Boica XXVIII b) p. 113. a. 1158: et sicut fieri solet .... ipsis cum ipsa traditione investituram quoque contradidit.

§. 4.

In Betreff der Wirkungen von Auflassung und Besitzeinweisung treten wir völlig der Auffassung von Beseler bei[59]: das Recht geht bereits in Folge der Auflassung von dem Veräußerer auf den Erwerber über. Indem der Veräußerer seinen Willen ausspricht, Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht aufzugeben und auf den Andern zu übertragen, und dieser den Willen hat, das betreffende Recht zu erwerben, ist der Uebergang des Rechts vollzogen; zu diesem Zweck bedarf es nicht noch, wie nach Römischem Recht, der besondern Tradition, vielmehr ist der Erwerber berechtigt, sich selbständig in den Besitz der Sache zu setzen. Aus diesem Grunde erwähnen denn auch die Volksrechte, welche von der traditio sprechen, nicht noch der besondern vestitura, z. B. L. Alam. I. 1. Wo man es für überflüssig erachtete, eine besondere Besitzeinweisung vorzunehmen, oder wo vielleicht der Veräußerer vorübergehend an ihrer Vornahme verhindert war, pflegte man in der Urkunde zu sagen, es dürfe sich der Erwerber eigenmächtig in den Besitz setzen (vestire)[60]; aber es dürfen solche Aussprüche nicht dahin gedeutet werden, daß in allen übrigen Fällen die Einweisung seitens des Veräußerers ein Erforderniß des Rechtsüberganges gewesen sei[61].

---

59) Beseler S. 25—27, S. 37 f., Walter Rechtsgesch. §. 544. N. 11.

60) Z. B. Dronke n. 88, 99, 101, 123.

61) Dies behauptet Sandhaas S. 52 ff., der doch S. 59 selbst zugiebt, daß der Erwerber aus der Tradition ein Recht auf Selbstinvestitur hatte. Aehnlich Häberlin, Meichelbeck's Urk.-Sammlung S. 199 f., Gengler, deutsche Rechtsgeschichte S. 347, welcher dem Erwerber ohne Investitura nur einen persönlichen Anspruch zuschreibt „auf Beifügung der dem ganzen Verhältniß erst den Stempel der Dinglichkeit aufprägenden, meist besonders verbürgten Investitur und bis zur Erlangung derselben auf Gewährleistung wider Anfechtungen dritter mittels prozessualischer Vertretung." Ferner Rückert S. 72 ff., 87 ff.

Indessen war es für den Erwerber von Vortheil, wenn er durch einen förmlichen Rechtsakt seitens des Veräußerers eingewiesen wurde; es findet daher die Einweisung statt ne traditio debilis et infirma esse videatur[62]), und man konnte, da sie regelmäßig erfolgte, in der That sagen, sie sei vorgenommen, sicut jus et mos postulat[63]).

Solche Vortheile der Einweisung bestanden nach verschiedenen Richtungen hin: fand die traditio fern von dem Grundstück statt, so konnte möglicherweise ein Mißverständniß darüber bestehen, welches Grundstück und in welchem Umfange, in welchen Grenzen übertragen werden sollte; dasselbe wird aufgeklärt, sobald es zur thatsächlichen Einweisung kommt[64]).

Sodann, vor der Erlangung des Besitzes konnte es zweifelhaft sein, ob der Erwerber überhaupt dazu kommen würde, die thatsächliche oder rechtliche Herrschaft über die Sache auszuüben, ob nicht vielleicht der Veräußerer gar kein Recht an dem Grundstück besäße und daher außer Stande sei, den Besitz zu übertragen[65]), oder ob nicht, selbst wenn er das Recht der Veräußerung besaß, sich dem Besitzerwerbe Schwierigkeiten entgegenstellen würden, indem etwa der bisherige Besitzer, Verwandte des Veräußerers oder seine Leute dem Einzuge des neuen Herrn Widerstand leisten würden. Mit der Auflassung waren die Verpflichtungen des Veräußerers nicht zu Ende; da er das Recht zu besitzen übertragen wollte, muß der Erwerber auch die Möglichkeit haben, in den Besitz zu gelangen.

Aus allen diesen Rücksichten war die vestitura von großer Bedeutung und war es sehr gewöhnlich, daß der Veräuße-

62) Beyer I. n. 206. a. 960.

63) Beyer I. n. 374. a. 1074.

64) Stein, Untersuchungen über d. deutsche Sachenrecht S. 34 f., 103 f.

65) Der Veräußerer illam traditionem ... firmare nequiverat; er tradirt darum jetzt andere Güter, Meichelbeck I. n. 530.

rer gleich bei der traditio noch ein besonderes Versprechen der Einweisung leistete und dasselbe durch Hinzutritt von Bürgen bestärkte[66]). Besonders wichtig wurde dies Versprechen, wenn die Traditio selbst fern vom Grundstück, in der Fremde vorgenommen wird. Das schon angeführte Capitulare vom Jahre 817 c. 6. (Pertz I. p. 211) giebt den Rath — denn ein direktes Gebot liegt nicht vor — daß sich der Erwerber Bürgen bestellen lassen solle:

> fidejussores vestiturae donet (sc. der Veräußerer), qui ei qui illam traditionem accipit, vestituram faciat[67]) et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem. Insuper et ipse[68]) per se fidemjussionem faciat ejusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem inmutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi[69]).

Die Bürgen stehen für die Uebertragung des Besitzes ein, gleichviel ob der Veräußerer leben bleibt oder bald darauf stirbt. Das Recht des Erwerbers ist durch die traditio ein definitives geworden und bleibt es auch, wenn der Veräußerer vor der Vestitura stirbt; in diesem Fall tritt recht eigentlich

---

66) Meichelbeck I. n. 395: Fidejussores ... ad vestituram seu firmitatem hujus traditionis perficiendam.

67) Bei Ansegis heißt es in der entsprechenden Stelle (IV, 18) deutlicher: fidejussores vestiturae donet ei ..... ut vestituram faciat.

68) Ipse ist nicht der Erbe (wie Beseler S. 25 glaubt), sondern der Veräußerer, vgl. Sohm, Prozeß der Lex Salica S. 222. N. 6, altdeutsche Reichs- u. Gerichtsverfassung I. S. 304. N. 22.

69) Sandhaas S. 69 glaubt aus dieser Stelle schließen zu dürfen, daß die Investitur regelmäßig unumgänglich war und daher den bei Vergabungen im Auslande obwaltenden Schwierigkeiten nur durch ein besonderes Gesetz abzuhelfen war.

die Verpflichtung der Bürgen ein, als Zeugen der traditio auf die Investitur hinzuwirken[70]).

Doch wir müssen noch den Umstand beachten, daß nicht bei allen Uebertragungen des Eigenthums die Absicht dahin ging, daß der Erwerber sofort oder doch wenigstens kurz darauf in den Besitz gelange; es gab auch Rechtsgeschäfte, bei welchen der Besitz erst nach längerer Zeit oder beim Eintritt eines bestimmten Umstandes übergehen sollte; so besonders die Vergabungen von Todes wegen, bei welchen der Veräußerer lebenslänglich im Besitz des Grundstücks bleiben will. In solchen Fällen tritt verhältnißmäßig selten zu der traditio gleich darauf eine vestitura hinzu[71]). Das gewöhnlichere ist es[72]), daß man sich mit der traditio begnügt und daß nur Bürgen für die künftige vestitura beim Tode des Vergabenden bestellt werden. Da aber eine feierliche vestitura überhaupt gar nicht die Voraussetzung für den rechtmäßigen Uebergang des thatsächlichen Besitzes ist und, wer ein Recht zu besitzen hat, sich auch selbständig in den Besitz setzen kann, bestimmen viele Urkunden, daß nach dem Tode des Vergabenden absque

70) Meichelbeck I. n. 345 enthält einen Fall, wo der Veräußerer nach der traditio und confirmatio, aber vor der vestitura gestorben ist und nun der mit ihm in Gemeinschaft lebende Bruder erst auf Ermahnung des beschenkten Bischofs den Besitz überträgt. In Betreff der Verpflichtung ist die Urkunde nicht ganz deutlich. Sandhaas S. 60 f. meint der Erbe, sei in Folge der traditio nicht verpflichtet gewesen, Rückert S. 95 und Merkel S. 160. N. 213, er sei nur moralisch verpflichtet gewesen; der Bischof erhebe einen Anspruch, welcher nach strengem Recht nicht durchgesetzt werden könne. — Ich nehme mit Beseler S. 26 f. an, daß die traditio zugleich eine Verbindlichkeit zur vestitura für den Erben erzeugt.

71) Vgl. darüber Beseler S. 34; außer den von ihm angeführten Fällen der sofortigen Vestitur vgl. noch Meichelbeck I. n. 564, Dronke n. 87. a. 788, auch noch im J. 1307 Dronke n. 851.

72) Vgl. die zahlreichen Belege bei Roth, Feudalität S. 155 f.

expectata traditione der Besitz auf das Kloster oder die sonst bedachte Person übergehen soll[73]).

II. Die Zeit der Rechtsbücher.

§. 5.

Wenn es schon in der früheren Periode nicht selten vorgekommen war, daß die Auflassung vor Gericht erfolgte, so nahm diese Sitte je länger je mehr zu. Die gerichtliche Handlung schützte den Erwerber vor jeder Anschuldigung, daß er sich unrechtmäßig in den Besitz gesetzt habe, lieferte in leichterer Weise, als wenn die Uebertragung nur vor Privatzeugen vorgenommen war, den Beweis, daß bei ihr alles ordnungsmäßig vor sich gegangen war, daß Niemand gegen die Veräußerung Einsprache erhoben, daß, wo den Erben ein Recht des Beispruchs zustand, sie ihre Genehmigung ertheilt haben; die gerichtliche Veräußerung sicherte dem Erwerber seinen Anspruch auf Gewährschaftleistung, gab ihm den Beweis, daß der Veräußerer selbst Gewährschaft versprochen, daß mit ihm noch andere Personen sich verbürgt haben u. s. w.

Diese mannigfaltigen Vortheile wirkten immer mehr dahin, die Grundstücke nicht vor beliebigen Privatzeugen, sondern vor besetztem Gericht, insbesondere vor dem echten Dinge des Sprengels zu vollziehen, in welchem das Grundstück lag. Hier kamen diejenigen Personen zusammen, welche mit den Rechtsverhältnissen des betreffenden Grundstücks am genauesten bekannt waren, hier waren später etwaige Prozesse über das Grundstück zu entscheiden[74]) und konnte man sich am leich-

---

73) Merkel'sche Formeln n. 5, 8; Beyer n. 30, 33; zahlreiche Beispiele bei Roth, Feudalität S. 171 f.

74) Stobbe in Bekker's u. Muther's Jahrbuch I. S. 434 ff.,

testen auf die genaueren Umstände bei früheren rechtlichen Vorgängen berufen.

So bildete sich denn an vielen Orten der Rechtssatz, daß es zur Uebertragung des dinglichen Rechts der gerichtlichen Auflassung, der obrigkeitlichen Cognition, des richterlichen Ausspruchs bedürfe[75]). Aber es fehlte viel daran, daß dieser Rechtssatz im spätern Mittelalter gemeinrechtlich überall[76]) oder auch nur innerhalb des Sächsischen Rechtsgebiets gegolten hätte. Lange Zeit hindurch behauptete man in der Literatur die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung, wesentlich auf die Autorität von Sachsensp. I. 52 § 1 hin:

ane echt ding ne mut nieman sin egen .... geven.

Man hielt den Satz für gemeines deutsches Recht, ohne im Detail seine Geltung zu prüfen. Doch hat sich in der neuesten Zeit immer mehr auf Grund von sorgfältigeren Detailforschungen die Ansicht Geltung verschafft, daß die Auflassung außerhalb Sachsens nicht unbedingt erforderlich gewesen sei[77]), und auch für Sachsen haben Laband und Bülowius gegenüber der allgemeinen Behauptung, daß hier ein strengeres Recht gegolten habe, den Nachweis geführt, daß diese Annahme nur eine beschränkte Richtigkeit habe[78]).

Simon juris saxonici medii aevi de foro competenti praecepta. diss. inaug. Regim. 1867 p. 16 ff.; p. 25 ff. ist eine Reihe von Belegstellen abgedruckt über das forum rei sitae bei Auflassungen.

75) Ueber den auch in andern Beziehungen sich geltend machenden Einfluß des Richters vgl. Grimm, Rechtsalterth. S. 201. n. 6.

76) Wie Beseler, Erbverträge I. S. 43 annimmt.

77) Vgl. über Baiern, Ostfranken, Schwaben Sandhaas S. 32 f. Merkel S. 174, v. Meibom S. 318 ff.

78) Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 235, Bülowius, utrum ad dominium rerum immobilium transferendum secundum jus Saxonicum medii aevi resignatione solemni in judicio facta opus fuerit nec ne. diss. inaug. Regim. 1870; Literaturnachweise über die bekämpfte Ansicht vgl. daselbst p. 5 N. 2.

§. 6.

Wir gehen zunächst von dem Sachsenspiegel aus, in welchem das Prinzip der Gerichtlichkeit am unbedingtesten ausgesprochen zu sein scheint. Sachsensp. I. 52. §. 1 sagt:

> ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven.

Während man hierin gemäß dem einfachen Wortsinn bisher immer den Satz gefunden hat, daß Grundstücke im echten Dinge aufgelassen werden sollen, hat Bülowius S. 7 ff. die Bedeutung des Ausspruchs zu entkräften versucht. Jene Stelle hebe gleichmäßig die Nothwendigkeit des Erbenkonsenses und der gerichtlichen Auflassung hervor. Daß der Erbenkonsens für den Uebergang des dinglichen Rechts nicht an sich erforderlich gewesen sei, könne nicht bezweifelt werden; daher dürfe man auch nicht unbedingt aus jenem Satz die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung folgern. Es liege hier allerdings ein Gebot vor, aber die Nichtberücksichtigung desselben führe nicht die Ungültigkeit der Uebertragung herbei.

Auch die übrigen Stellen, welche man für jenes Dogma anführe, enthielten dasselbe nicht; so Sachsensp. I. 9. §. 5:

> Sve ok dem anderen gut in siner were let, ir he't ime up late, he sal ine in der gewere vorstan, dewile he't ime nicht upgelaten ne hevet, svenne he siner werscap bedarf;

die Stelle besage nicht, daß der Erwerber ohne gerichtliche Auflassung nur ein persönliches Recht gegenüber seinem Auctor habe, sondern handele nur von der Gewährschaftspflicht, welche auch in dem Falle, daß aufgelassen ist, sich (vgl. II. 42. §. 2) nicht auf die Zeit von Jahr und Tag beschränke[79]. Diesem Argument glauben wir uns fügen zu müssen, weil es durch

79) Vgl. Laband S. 305 f., 284, Bülowius S. 8 f.

Laband's Untersuchungen (S. 303 ff.) wenigstens für das dem Landrecht angehörende Eigenthumsrecht meines Erachtens erwiesen ist, daß die rechte Gewere nach Jahr und Tag unabhängig von der Auflassung eintritt. Ein Zweifel bleibt freilich noch zurück: wir fragen nämlich, was denn überhaupt der ganze §. 5 des Sachsensp. I. 9 will, wenn ganz dasselbe eintritt in dem Falle, daß aufgelassen ist, wie wenn die Auflassung unterblieben ist? Warum stellt er denn seine Regel überhaupt nur für den Fall auf, daß die Auflassung nicht stattgefunden hat?

Auch einige Stellen des Lehnrechts, welche von Bülowius nicht in Betracht gezogen sind, scheinen zu einem für ihn günstigen Resultat zu führen. S. Sächs. Lehnr. 39 §. 1:

> Sweme sin gut mit lenrechte verdelt wert oder he't up let, die sal der gewere darven. Doch mach die man sime herren besaken binnen der jartale, dat he ime jenich gut gelaten hebbe, darn he sin unscult dar to dun.

Denn wenn es ein allgemeines, auch im Lehnrecht gültiges Prinzip ist[80]), daß gerichtliche Handlungen nicht eidlich abgeleugnet werden können, sondern sie derjenige, welcher sich auf sie beruft, mit dem Gericht beweisen kann, und nach der obigen Stelle der Vasall innerhalb Jahr und Tag, nachdem der Herr in den Besitz des Lehnguts gekommen ist, die Auflassung an den Herrn ableugnen kann, so läßt sich wenigstens für das Lehnrecht schließen, daß der Vasall das Lehngut auch ohne gerichtliche Handlung auflassen konnte, in welchem Falle freilich der Herr eine ungünstigere Stellung im Beweise hatte.

Und auch aus 39 §. 2 (Dvingt die herre sinen man untrüweliken dar to dat he ime late sin gut, des blive

80) Homeyer, Sachsensp. II. 2. S. 614.

die man sunder scaden, of he den herren beclaget umme die gewalt binnen siner rechten jartale . . . An willen noch an worden n'is nen gedvang, dar ne volge die dat na) folgt, daß die bloße Besitzübertragung zur Aufgabe (late) des Lehns genügte, da wenn es einer gerichtlichen Handlung bedurft hätte, ein absoluter Zwang kaum denkbar wäre.

Dagegen wird unbedingt die gerichtliche Handlung für die Bestellung der Leibzucht, Sachsensp. I. 21. §. 1:

> Man mut ok wol vrowen geven egen to irme live mit erven gelove ... binnen deme gerichte dar't egen inne leget, in iewelker stat, deste dar koninges ban si,

und für die Satzung gefordert, Sächs. Lehnr. 55. §. 8:

> Sal man gut setten, als it helpende si, dat mut geschien vor des landes richtere, so dat man is die dingplichten to getüge hebbe.

Und ebenso kann ein Lehnrecht nur durch die der Auflassung entsprechende Investitur begründet werden. Also zur Bestellung eines dinglichen Rechts (Satzung, Leibzucht, Lehnrecht) bedarf es der gerichtlichen Handlung. Wo aber Jemand das ganze Recht, welches ihm an der Sache zusteht, sein Eigenthum, sein Lehnrecht völlig aufgeben will, scheint nach dem Sachsenspiegel eine Erklärung vor Zeugen hinreichend gewesen zu sein. Dies letztere Resultat hat Bülowius (S. 11 ff.) auch aus den Urkunden bestätigt.

Indem er davon ausgeht, daß die Auflassung wegen vielfacher faktischer Vortheile im Leben die Regel bildete, führt er eine Zahl von Urkunden an, nach welchen man sich in sächsischen Landgerichten mit der Uebertragung vor Zeugen, im Hause des Schenkers, bei Gaben an geistliche Stifter mit

der Handlung in der Kirche oder im Kloster begnügte[81]). Wir fügen seiner Beweisführung noch einige Momente hinzu:

Die Fürsten gingen häufig nicht vor das Gericht, wenn sie Grundstücke übertragen wollten —, wohl weil sie sich zu vornehm dünkten und selbst den Gerichtsbann besaßen oder ihn dem Richter geliehen hatten; sie zogen einzelne Zeugen hinzu, ließen über das Geschäft eine Urkunde aufnehmen[82]), und hielten sich geradezu für berechtigt, die sonst üblichen Formen zu durchbrechen[83]).

Sodann kommt es nicht selten auch noch in dieser Zeit vor, daß dasselbe Grundstück mehrmals an verschiedenen Orten und vor ganz verschiedenen Versammlungen aufgelassen wurde; es weist dies darauf hin, daß die Rechtsentwicklung noch nicht zu fest bestimmten Erfordernissen für die Rechtsgültigkeit der

---

81) Auch jetzt kommt die Bestärkung der Uebertragung durch den Bann des Priesters vor; historia Novientensis monasterii ad. a. 1155 (Böhmer fontes III. p. 18): prefatum allodium ipsa die in presentia episcopi aliorumque multorum sancto Mauritio obtulit. Quod et episcopus monasterio banno ecclesiastico et perpetuo anathemate confirmavit.

82) Z. B. Lacomblet II. n. 70. a. 1217: Th.... dominus Heynsbergensis schenkt an ein Stift Güter sub presentia et testimonio domini Abbatis R. et multorum aliorum. — Gercken, C. D. Brandenb. I. n. 106. a. 1312: der Markgraf Friedrich v. Meißen übergiebt die Stadt Torgau dem Markgrafen von Brandenburg zu Leipzig vor einem von beiden Parteien zum Richter gewillkürten Manne. — Monum. Zollerana III. n. 90. a. 1342: und setzen sie jetzunt der egeschriben gut ... mit diesem gegenwertigen brif in nutzlichen gewer .... und sullen sie der wern, swenne wir ze Landen komen nach des Landes reht und gewonheit.

83) Z. B. Gengler, C. jur. munic. I. p. 842. a. 1240: Graf Conrad von Dortmund übereignet der Stadt ein Haus in seiner curia und erklärt ausdrücklich auf Befragen, es solle dies ebenso gültig sein, ac si pro tribunali actum fuisset; ganz ähnlich auch die westphälische Urk. a. 1268 bei Kraut, Grundriß §. 97. N. 78.

Uebertragungen gelangt war[84]), und daß es insbesondere auch an einem Rechtssatz fehlte, wonach das **forum rei sitae** als das einzig kompetente Gericht anzusehen wäre[85]). Ganz besonders bei Schenkungen an geistliche Stifter bleibt es auch noch jetzt Sitte, zunächst die Auflassung in der Kirche vorzunehmen, und dann noch eine weitere Bestärkung im forum rei sitae hinzuzufügen[86]). Man will durch den gerichtlichen

---

84) Z. B. Urk. des 12. Jahrh. im Würt. Urk. B. II. S. 399 (auch mitgetheilt von Schröder, Zeitschr. f. Rechtsg. IX. S. 410). Seibertz, Westphäl. Urk. B. n. 507. a. 1305: zuerst Auflassung coram libera sede in villa andopen; dann erneuter Verzicht auf dieselben Güter vor dem Stadtrath von Soest. — Erhard, Regesten n. 1282 intra a. 1097—1120: eine Schenkung zuerst in mallo Everardi comitis super ripam Wisere in pago Scapevelden, dann in mallo Widekindi comitis in loco Linden in pago Merstemen. — Lacomblet II. n. 578. a. 1268: Auflassung vor Th. nobilis des Morse; quia vero hec bona sita sunt in judicio de Beke et de Meyderich, ubi etiam idem J. (der Verkäufer) .... bonorum resignationem fecit, confirmatio et professio utriusque judicis .... facta est. Vgl. auch meinen Aufsatz in Bekker's u. Muther's Jahrbuch I. S. 438 ff. — In ähnlicher Weise kommen Verzichtleistungen der Erben in verschiedenen Gerichten vor, Urk. aus dem Anf. des 13. Jahrh. bei Kopp hessische Gerichte, Beil. n. 48: renunciaverunt igitur actioni sue in comicia sua (d. h. an ihrem Domizil) M. sub judicibus H. et S. .... et in comicia F; in ea enim bona sita sunt sub judice G.

85) Schaten, annal. Paderb. ad a. 1185: Donatio sub regio banno in loco B. coram T. Comite stabilita est, quod ideo factum est in loco illo, quia bannus, in quo bona illa sita sunt, certum tempore illo non habuit provisorem.

86) Ich kenne dafür besonders westphälische Belege: Erhard Cod. dipl. n. 182. a. 1113: zuerst in der Kirche zu Corvey. Postea ipsam traditionem confirmans in concilio Gerhardi comitis (secundum leges et justiciam Angrariorum); . . . Que item confirmatio ab heredibus facta in concilio Reinholdi comitis (secundum ritum Ostersahson). — N. 296. a. 1154: vor dem Bischof v. Münster, dann vor dem Grafen.— Seibertz I. n. 177. a. 1225: zuerst Auflassung presente conventu ... super altare; tamen ad habundantem cautelam ... coram ...

Akt jedem Zweifel über die Ernstlichkeit und Rechtsgültigkeit des Geschäfts begegnen, aber zu einer rechtlichen Nothwendigkeit ist er noch nicht geworden: das dingliche Recht konnte auch durch das Rechtsgeschäft vor Zeugen übertragen werden, und wenn dann der Erwerber Jahr und Tag hindurch im Besitz gewesen war, erlangte er die rechte Gewere und bedurfte nicht mehr der Gewährschaft seines Auktors.

§. 7.

Der Schritt aber, die gerichtliche Auflassung für den Erwerb des Rechts zu fordern, wurde in vielen Städten gethan, besonders in denen, welche dem Magdeburgischen Rechts-Kreise angehören, und einzelne Rechtsbücher dieses Ursprungs stellen das Prinzip in kategorischer Weise auf. So zunächst das Sächsische Weichbild 20 (Laband, Magdeburger Rechtsquellen S. 65):

> Ob man ein eigen gibet binnen wicbilde, wie man das geben sule alse recht und redeliche als ez helfende si. Jener der ez geben sal, der sal kumen zu echteme dinge u. s. w.; und

Rechtsbuch nach Distinktionen I. 45. d. 1:

> Keyn eygen mag man geloszen an gerichte in lantrechte unde in wichbilde . . . Alle ufgelossen erbe gobe unde eygen gelobde sullen geschen

---

coloniensi archiepiscopo . . . allodium conventui . . . . in veram et meram proprietatem iterato contulit, omnique juri, quod in eo habuerunt T. et B. et H. . . sub banno regio Rudolfi milite de E. auctoritate regia banno in V. presidente . . . . renuntiarunt. — Möser osnabr. Gesch. Urkk. n. 306. a. 1244: vor dem Capitel, dann auf dem Rathhause zu Soest.

Bisweilen findet auch das umgekehrte statt, daß auf den Akt vor dem weltlichen Gericht noch eine Auflassung in der Kirche nachfolgt; z. B. Erhard C. Dipl. n. 96. a. 1018; n. 198. a. 1226.

vor gerichte, uf daz ab ymant dorin icht hette zcu sprechen von anefelle adder von schulde wegen, daz he icht vorsumet worde sins rechten[87]).

Doch war dies durchaus nicht etwa ein allgemein dem Weichbildrecht angehöriges Prinzip im Gegensatz gegen die freieren in den Landgerichten geltenden Sätze. Vielmehr erhielt sich das alte Recht noch in einer großen Zahl von Städten.

Es hat seine großen Schwierigkeiten, bei den nur unbestimmt sprechenden Artikeln der Stadtrechte es heut zu Tage mit Sicherheit festzustellen, ob in einer bestimmten Stadt das ältere, freie oder das neuere, mehr formale Prinzip die Herrschaft hatte; indessen hat Bülowius S. 22 ff. auf einige Momente aufmerksam gemacht, welche wenigstens in einer Anzahl von Fällen eine bestimmtere Entscheidung rechtfertigen. Da seine Betrachtungen großentheils den Charakter der Neuheit haben, müssen wir auf dieselben etwas ausführlicher eingehen und ihre Bedeutung prüfen.

In vielen Städten war die Veräußerung von Grundstücken an Kirchen oder Fremde bei Strafe verboten; Bülowius meint nun, daß dort die Auflassung kein absolutes Erforderniß zur Uebertragung von Rechten an Grundstücken gewesen sei; denn, wäre die gerichtliche Handlung hier nothwendig gewesen, so hätte eine Uebertretung des Gebots unmöglich vorkommen können; die Androhung einer Strafe für den Fall der Uebertretung habe bei jener Annahme keinen Sinn.

---

87) Vgl. auch I. 46. d. 4: wen eyn eygen wert vorkouft adder vorsaczt, der sol is vor gerichte ufbieten vor gerichten unde schepphen unde vor dingkluten u. s. w. — Dies beweisen auch die von der rechten Gewere handelnden Stellen I. 43 d. 5 u. I. 46. d. 4, denen zufolge sie Jahr und Tag nach der gerichtlichen Auflassung eintritt; nicht korrekt ist der Ausdruck in I. 44. d. 2: wer eyn erbe vorkouft, der sal is gewern jor unde tagk vor rechter ansproche.

Ich verkenne nicht die Bedeutung dieser Argumentation, bestreite aber, daß sie in allen Fällen einen stringenten Beweis liefert; ich glaube vielmehr, daß für manche Orte jenes Verbot der Veräußerung von Grundstücken an Kirchen und Fremde doch mit dem Prinzip der gerichtlichen Auflassung verträglich war. Während es z. B. in den Statuten von Duderstadt[88]) heißt:

> Neymand en schal eygen noch erve, dat in der stat schote lydt, vorkouppen edder vorgeven, wann unsen medeborgeren in der stat, dat solk gout nicht uthe der stat schote kome. wey dat vorbreyke, dey scholde dem rade von der stat wegen thu margk geven, und scholde dat erve bynnen eynem verndeyl jares weder inbringen,

bestimmt doch schon der folgende Satz:

> unde en schal des goudes vor neymande vorlathen, denne vor dem rade, uppe dat men wethe, wor dat gout blyve; pena thü margk.

Dieser letzte Satz lautet so unzweideutig und das angegebene Motiv, „damit man wisse, wo das Gut bleibe" ist so schlagend, daß das in einem Athem ausgesprochene Verbot der Veräußerung an Fremde und das Gebot der Auflassung vor dem Rath auch mit einander vereinbar sein müssen, und daß eine Umgehung jenes Verbots noch immer denkbar gewesen sein muß. Und in der That war es ja möglich, daß nicht der Erwerber in Person, sondern statt seiner ein Bevollmächtigter oder ein Treuhänder erschien, und daß durch sein Dazwischentreten die Controle der Behörde, vor welcher die Auflassung erfolgte, abgeschwächt wurde. Auch ist es nach einzelnen Stadtrechten zulässig, jenes Verbot dadurch zu umgehen,

---

88) Gengler, Cod. jur. munic. I. p. 925. II.

daß bei einer Veräußerung an Fremde oder eine Kirche der Stadt gegenüber Bürger als Erwerber präsentirt würden, um ihr für die Abtragung der Abgaben zu haften[89]).

Auch mochte man durch jene Verbote nicht bloß die Auflassung an Kirchen und Fremde, sondern auch das bloße „in die gewere lassen“ verhindern wollen, bei welchem der Veräußerer noch äußerlich als Eigenthümer erschien und nur verpflichtet war, dem Erwerber jeder Zeit für den Besitz einzustehen. Denn wenn die Auflassung unterblieben war, der Erwerber sich aber längere Zeit in dem Besitz wie ein Eigenthümer erhalten, ja vielleicht bereits das Gut vererbt hatte, lag vielleicht später kein Grund mehr vor, auf den ursprünglichen Besitztitel zurückzugehen und wurde der Erwerber ohne weiteres wie ein Eigenthümer, wie Jemand behandelt, welcher das Gut durch Auflassung erworben hatte. Daraus glaube ich die Strafandrohung motiviren zu können, durch welche das Verbot der Veräußerung an gewisse Personen verstärkt wurde.

Auch für solche Städte, wie Bocholt scheint mir Bülowius (S. 31) seinen Beweis nicht erbracht zu haben; denn daraus, daß der Verkauf von Grundstücken an Geistliche ohne Genehmigung des Raths nichtig sein soll, folgt noch nicht daß die Veräußerung ohne Zuziehung des Gerichts dingliche

---

89) Vgl. Zeitschr. f. Rechtsg. VII. S. 431 ff. meine Nachweisungen über diese Spezies der Salmannschaft für das Rechtsbuch nach Distinktionen und für die Städte Lübeck, Hamburg und Nürnberg. — Daß man sich dieses Mittels zur Umgehung des Verbots auch noch in späterer Zeit bediente, beweist die Frankfurter Reformation von 1578; sie verbietet Veräußerungen an Fremde II. 1. §. 12, II. 3. §. 6, VI. 6. §. 1—3 und bestimmt daher auch: „Es soll auch der Käuffer . . . bey seinen Bürgerlichen Pflichten . . . . . betheuren und behalten, daß er solchen Kauff niemant anderß, dann jme, seiner Haußfrauwen und jren beyden Erben, sonst aber niemant anderß, uns mit der Bürgerschaft nicht verwandt, gethan hab.“

Wirksamkeit gehabt hat; es ist sehr wohl möglich, daß dem Gericht die mangelnde Genehmigung des Raths verschleiert wurde, und eine Uebertragung vor Gericht stattfand, deren Richtigkeit erst später an das Licht kam.

Sodann dürfte auch die Art und Weise bedenklich sein, wie Bülowius die kategorischen Bestimmungen der Stadtrechte, daß die Auflassung vor dem Gericht oder dem Stadtrath erfolgen soll, da zu beseitigen sucht, wo er aus dem angegebenen Grunde die Auflassung für indifferent erklärt. Er meint, es solle dadurch nur die Behörde bestimmt werden, welche für Auflassungen kompetent sei, ohne es auszuschließen, daß dieselben auch vor Privatzeugen vorgenommen würden. Indessen dürfte dagegen der einfache, klare Wortlaut mancher statutarischen Bestimmungen sprechen, und man sieht nicht ein, warum eine bestimmte Behörde genannt wird, wenn es auch möglich ist, auf jede sonstige beliebige Art und Weise durch einfache Willenserklärung das Recht zu übertragen.

Für unbedingt richtig halte ich dagegen den Satz von Bülowius, daß überall da, wo die rechte Gewere auch ohne vorangegangene gerichtliche Auflassung entstehen konnte, das dingliche Recht durch einen Privatakt übertragen werden durfte. Denn daraus, daß das in formloser Weise entstandene Recht nach dem Verlauf einer bestimmten Zeit von Niemand mehr angefochten werden darf, können wir auch schließen, daß es zu seiner Entstehung überhaupt keiner bestimmten Form bedurfte.

Sein drittes Kriterium endlich[90]), es sei die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung überall da anzunehmen, wo für dieselbe eine Abgabe zu zahlen war, ist meines Erachtens ohne Belang; denn es kann noch immer in das Belieben des Einzelnen gestellt sein, ob er die Handlung zur Bestärkung

90) Vgl. Bülowius S. 36.

seines Rechts vornimmt, für welche der Staat eine gewisse Abgabe erhebt[91]).

Dies sind die von Bülowius vorgebrachten Gründe; ihr Gewicht ist verschieden und wir dürfen daher seinem Verzeichniß von Städten, welche eine Uebertragung von dinglichen Rechten auch ohne formellen Akt zulassen, nicht ohne weiteres zustimmen. Auch scheint an manchen Orten längere Zeit hindurch Schwanken und Unsicherheit betreffs der Frage stattgefunden zu haben; man wünschte die Uebertragung vor Gericht oder Rath, ohne sich völlig klar darüber zu sein, was dann eintritt, wenn die öffentliche Auflassung unterblieben war.

Gehe ich nun zu den einzelnen Stadtrechten über, so trage ich Bedenken der Ansicht von Bülowius, daß es der gerichtlichen Auflassung nicht bedurft hätte, zuzustimmen für Lübeck (vgl. Hach II. 23, 24, 36, III. 53, 131, 159, IV. 85), Duderstadt (vgl. oben S. 174) und Herford, halte aber den Beweis von ihm für erbracht für Wismar (wo erst im 16. Jahrhundert die Auflassung unbedingt gefordert wird), für Erfurt, Ilm, Königsee, Nordhausen, Göttingen, Hörter (bis z. J. 1415), für Bremen[92]) und Saalfeld; zu diesen Städten würden noch diejenigen hinzukommen, für welche Laband (S. 308 ff.) es nachge-

91) Aus dem oben angeführten Grunde fordert Bülowius die gerichtliche Auflassung für das Recht der Städte Hörde, Wesel, Rüden, Hamm, Büren, Gehrden, Padberg, Eisenach, Orlamünde, Rudolstadt. Daß dieser Grund aber in der That nicht beweisend sei, ergiebt sich aus dem Stadtrecht von Soest, welches nach der Ansicht von Bülowius p. 29. die Auflassung nicht erfordert und doch eine Abgabe an den Richter für dieselbe vorschreibt.

92) Vgl. Laband S. 312, Bülowius S. 25; nach dem spätern Recht von Bremen (Statt. v. 1433. Ord. 49) begann der Zeitraum von Jahr und Tag für die rechte Gewere erst nach der Auflassung zu laufen.

wiesen hat, daß sie die Auflassung nicht als Erforderniß der rechten Gewere aufstellen: Salzwedel, Freiberg[93]), Lüneburg, Münster, Uelzen, Brilon, Driburg, Hannover, Medebach.

Aber eine ganze große Reihe von den dem sächsischen Quellengebiet angehörigen Stadtrechten spricht das Prinzip der Publizität mit aller Schärfe aus und erklärt die Uebertragungen ohne Zuziehung des Gerichts oder des Stadtraths für nichtig. Und diese Richtung der Rechtsbildung nahm immer mehr an Herrschaft zu[94]). Obenan steht das Magdeburger Stadtrecht[95]) mit seinem weiten Geltungsgebiet[96]), dasselbe Prinzip galt in Brünn, Prag[97]), Iglau[98]), Hamburg[99]),

93) In Betreff Freibergs besteht ein Zweifel, vgl. Bülowius S. 35. N. 31.

94) Vgl. die Belege für das folgende bei Bülowius p. 32 ff., in Vergleichung mit Laband S. 315 ff. — Wir fügen noch weitere Stadtrechte hinzu und geben in Betreff ihrer die Belege an.

95) Zu den Belegen kommt noch in Betreff des Pfandrechts Syst. Schöffenr. III. 2. 67.

96) Zu beachten ist, daß man in Breslau es schon i. J. 1254 für wünschenswerth hält, ein Gut außer vor der Herzogin auch noch vor dem Richter aufzulassen, Korn, Breslauer Urkundenbuch n. 18.

97) Bülowius p. 34, wo die Stelle des Prager Statutarrechts c. 109 (Rößler, S. 67) nicht vollständig abgedruckt ist; ihre Fortsetzung spricht noch bestimmter; vgl. auch c. 136. — Am deutlichsten wird dies Prinzip aus c. 70 (Rößler S. 48): welch man ain hous wider ainen andern chouft, und das es verprint e der zeit, ee den her ims ufgibt vor den vier penchen, er geb im darumb gelt oder nicht, so ist es dem verprunnen, ders verchouft hat, es sei dan, das hers mit genanten worten ausgenumen habe.

98) Tomaschek, Oberhof v. Iglau S. 67. c. 49: wer erbe unde eygen, nachdem und es ym vor richter und scheppen auf wirt gegeben, jar und tag an ansprach hat besessen, dem mag man seyn vurpas von recht nicht ansprech gemachen; S. 152. c. 259.

99) Vgl. auch Baumeister, Hamburg. Privatr. I. S. 127.

Dortmund[100]), Büren[100a]), Rheda in Westphalen, Blankenberg[101]), Cleve[102]), Duderstadt[103]), Verden[104]), Hildesheim, Celle, Braunschweig, Goslar.

§. 8.

Mit Bezug auf die andern Stämme ist zunächst zu beachten, daß der Deutschenspiegel cap. 71 f. allerdings im Anschluß an Sachsensp. I. 52. §. 1 sagt, daß die Auflassung nur Kraft habe, wenn sie im echten Dinge geschehe; aber im Widerspruch damit unterscheidet er cap. 25 drei Arten, wie man eine Vergabung von Todes wegen machen könne: nämlich 1) durch Urkunde, d. h. durch einen Akt vor Zeugen, über welchen eine Urkunde aufgenommen wird, 2) durch eine Handlung vor dem Richter und 3) durch Constituirung eines Zinsverhältnisses. Und derselbe Widerspruch findet sich auch im Schwabenspiegel zwischen cap. 22 und cap. 22. I.[105]). Nach dem ganzen Quellenverhältniß dieser beiden Rechtsbücher wer-

---

100) Dortmunder Stadtrecht von 1332 (Gengler C. jur. munic. I. p. 852 t; auch abgedr. bei Kraut, Grundr. §. 97. n. 50). Vgl. auch oben S. 170. N. 83.

100a) Gengler a. a. O. S. 442. §. 32.

101) Gengler a. a. O. S. 236.

102) Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 446.

103) Vgl. oben S. 174.

104) Stadtrecht v. 1330 §. 9 (Gengler, Stadtrechte S. 509): Vortmer schal nement syn Erve laten, he en do dat vor den Vaghede un vor dem Rade, un der Stad en sche ere Plycht dar van. Un dem dat Erve laten wert .... schal Borghen nemen, dat men ene ware Jar un Dach; Statuten 15 (Pufendorf I. 83); Laband S. 319. N. 70 nimmt auf Grund der letzteren Stelle mit Recht an, daß eine rechte Gewere erst Jahr und Tag nach der Auflassung entsteht; es ist daher auf die für das Gegentheil von ihm S. 312 N. 51 citirte, überdies sehr unbestimmt lautende Stelle kein Gewicht zu legen.

105) Ueber Schwabensp. 22 vgl. Meibom, Pfandrecht S. 319 f. und meine Rezension in d. krit. Viertelj. Schrift IX. S. 311.

den wir unzweifelhaft auf ihre selbständigen Nachrichten viel mehr Gewicht legen, als auf solche, welche sie dem Sachsenspiegel entlehnen, und demgemäß unbedenklich die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung für diese süddeutschen Rechtsbücher leugnen.

Undeutlich ist der Ausspruch des kleinen Kaiserrechts II. c. 106, daß die Güter am Tage und vor des Kaisers Augen zu übertragen seien; er wird II. 92 erläutert: vor dez keisers ougen, daz ist vor den luten, u. s. w.; aber die lute die sullen hubener sin an der stat oder in dem dorffe, da daz gut gelegen ist: also es ist keine Auflassung vor Gericht oder gar vor einem kaiserlichen Gericht erforderlich, sondern es genügt die Uebertragung vor Zeugen. Und dies Resultat bestätigen auch zahlreiche Urkunden, welche nur Zeugen aufführen, und der Theilnahme des Gerichts keine Erwähnung thun[106]).

Auch die süddeutschen Stadtrechte stehen, mit Ausnahme derer, welche von dem Magdeburger Recht abhängig sind, großentheils auf demselben Standpunkt: nach dem Stadtrecht von Wien[107]) erfolgt die Auflassung vor zwei oder mehreren Genannten; nach dem von Augsburg[108]) soll der Käufer von dem geschehenen Erwerb seinen Nachbarn Kunde geben und sie auffordern, binnen Jahr und Tag ihren Widerspruch geltend zu machen, widrigenfalls er die rechte Gewere erwerben und der Stadt Handfeste darüber erhalten werde; nach dem Stadtrecht von Bischofzell in der Schweiz überträgt man

106) Vgl. für Baiern Merkel, Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 173; ferner die von mir bereits Zeitschr. f. krit. Rechtswiss. IX. S. 312 angeführten Urkunden und Monum. Zoller. II. n. 254. a. 1282: vendidimus et tradidimus et in hiis scriptis vendimus et tradimus .... renunciantes predictis bonis manu et calamo, ut fieri assolet.

107) 1221. §. 4 (Gaupp, Stadtrechte II. S. 247).

108) Walch IV. S. 251.

sein Haus durch einen Akt vor zwei angesessenen Bürgern[109]), nach dem von Zug[110]) durch Auflassung an offner, freier Straße oder an des Richters Hand. Und das Schweigen anderer Stadtrechte über diesen Punkt rechtfertigt die Vermuthung, daß auch nach ihnen die gerichtliche Auflassung entbehrlich war[111]).

Nur wenige Stadtrechte Süddeutschlands fordern direkt die Auflassung vor Gericht, so das von Bamberg[112]) und von München[113]).

§. 8.

Am unbedingtesten wird die Forderung der gerichtlichen Uebertragung im Gebiet des Lehnrechts und des Hofrechts aufgestellt. Da es sich hier um Güter handelt, welche nicht im Eigenthum des veräußernden Besitzers stehen, wird die Zustimmung des Eigenthümers, welcher meistens zugleich die Gerichtsgewalt hat, oder seines Stellvertreters, und um diese zu ertheilen, resp. zu verweigern, die gerichtliche Handlung gefordert. Diese Vorschrift rechtfertigt sich auch dadurch, daß der Veräußerer seiner Verpflichtungen zu entlassen und der Erwerber statt seiner als verpflichtet anzunehmen ist. Für das Lehnrecht bedarf es keiner Nachweisungen; für das Hofrecht sind Belege gleichfalls zahlreich vorhanden[114]), für das

109) Gengler, C. D. munic. I. p. 234.

110) Sandhaas S. 34.

111) Außerdem sind auch die zahlreichen süddeutschen Bestimmungen zu beachten (vgl. Laband S. 313), welche unter den Requisiten der rechten Gewere nicht der gerichtlichen Auflassung gedenken.

112) Zöpfl §. 55.

113) München (Auer) art. 31, 32, 267 und in Betreff des Pfandrechts art. 205.

114) Weisth. v. Emmerke im Hildesheim'schen §. 11 (Grimm IV. S. 663), Weisth. v. Altorf v. J. 1439. §. 43, 50 (Grimm I. S.

letztere kam hier noch als weiteres Motiv hinzu, daß an den Hofherrn bei einer Veräußerung besondere Abgaben zu entrichten waren.

§. 9.

Somit ist es also auch für die Zeit der Rechtsbücher erwiesen, daß kein allgemein deutsches Prinzip bestand, sondern die Auflassung vor Zeugen neben der vor Gericht in Geltung war.

Dagegen halte ich die bisweilen vertheidigte Annahme, daß auch eine Uebertragung durch einfache Urkunde zulässig gewesen sei, für unbegründet. Die Urkunde ist auch in dieser Zeit immer nur ein Beweismittel über den vor Zeugen oder vor Gericht vorgenommenen Rechtsakt, und ich kann insbesondere nicht v. Meibom[115]) zustimmen, daß das Geben und Nehmen der Urkunde den symbolischen Akt ersetzte. Dafür finde ich keinen Beleg. Auch da, wo es auf den ersten Blick so scheinen könnte, als ob die Urkunde das übertragende Moment wäre, ergiebt sich doch bei genauerem Zusehen, daß eine reale Auflassung vorhergegangen war. Wenn es z. B. auch in der (S. 180. N. 106.) angeführten Urkunde heißt: hiis scriptis vendimus et tradimus, so wird doch die Auflassung unzweifelhaft bezeugt durch die folgenden Worte: renunciantes predictis bonis manu et calamo, ut fieri assolet[116]).

15, 16), andere Schweizer Weisth. bei Bluntschli, Zür. Rechtsg. I. S. 264; Elsaß. Weisth. Grimm IV. S. 204. — Bisweilen wird bestimmt, daß die Auflassung innerhalb einer bestimmten Frist, Jahr und Tag oder noch früher, nach der Veräußerung erfolgen soll, widrigenfalls der Beamte das Gut einziehen darf, Weisth. zu Radendorf §. 26 (Kaltenbeck, östr. Panteidinge I. S. 86), von Enzersdorf §. 7 (Grimm III. S. 706).

115) Pfandrecht S. 323.

116) Urk. a. 1266 (bei Kindlinger, Volmestein II. n. 35):

Wo nun das Prinzip der Publizität zur Anerkennung gekommen war, konnte bei Weigerung des Veräußerers, die Auflassung vorzunehmen, der andere Contrahent auf Grund des vorangegangenen Rechtsgeschäfts gegen ihn, auf Vornahme des Akts klagen [117]).

Für die Auflassung kompetent war dasjenige Gericht, in dessen Sprengel das betreffende Grundstück liegt und zwar regelmäßig das echte Ding [118]). Eine Auflassung an einem andern Ort, als dem forum rei sitae ist ungültig und läßt für den Erwerber kein Recht entstehen [119]).

In den Städten, in welchen am bestimmtesten und frühesten eine obrigkeitliche Handlung zur Uebertragung der Grundstücke gefordert wurde, traf man zugleich Vorsorge, um alle derartigen Akte zu beurkunden und bediente sich zu diesem Zweck der Stadtbücher. Während es Schwierigkeiten haben

sub testimonio scripti presentis sumus arbitrati .... collationem nostram non minus validam debere existere, quam si solempuiter facta esset in judicio, quod vriethinc vulgariter appellatur, eine Auflassung des Grafen Otto von Ravensberg an die Stadt Bekkum; man war nicht vor das Gericht gegangen; aber eine Auflassung vor Zeugen hatte doch stattgefunden, wie sich aus dem Schluß actum .... presentibus ergiebt. — Urk. a. 1281 (Baur, Urkunden z. hess. Landesgesch. n. 237): omnia bona supradicta et debita per presentes literas vice scotacii libere assignando et in omni jure ... in ipsos integre transferendo; eine eigentliche symbolische Auflassung war nicht erfolgt (vice scotacii), aber wohl doch, wie die angeführten Zeugen schließen lassen, ein öffentlicher Akt. Vgl. auch oben die S. 170 angeff. Urkunden.

117) Vgl. Magd. Urtheil bei Wasserschleben, Rechtsquellen I. S. 169 und Laband S. 244 f.

118) Vgl. z. B. Sächs. Weichb. art. 20 (Laband, Magd. Rechtsq. S. 65), Brünner Schöffenbuch c. 341. Vgl. auch meinen Aufsatz in Bekker's und Muther's Jahrb. I. S. 436, 440.

119) Aus diesem Grunde war es auch unmöglich, durch eine Auflassung ein Recht am ganzen Vermögen zu konstituiren, wenn zu ihm Grundstücke in verschiedenen Gerichtssprengeln gehörten.

kann, den vor Privatzeugen oder vor dem Gericht oder dem Stadtrath vollzogenen Akt durch Berufung auf deren Zeugniß später zu beweisen, und selbst eine öffentliche Urkunde im Besitz des Erwerbers möglicherweise als gefälscht angefochten wird und dem Verlust oder Untergange ausgesetzt ist, liefert das Stadtbuch jederzeit mit Leichtigkeit und Sicherheit den Beweis[120]).

Während ursprünglich die Auflassung in den Gerichten vorgenommen wurde, verlegte man in manchen Städten, seitdem sich der Stadtrath zur obersten Verwaltungsbehörde entwickelt hatte, die Auflassung aus den Gerichten und Schöffenstuben vor den Stadtrath; bisweilen erschienen aber auch beide Behörden als elektiv legitimirt. An manchen Orten gab es über die Competenz sehr lebhaften Streit zwischen dem Stadtrath und dem Schöffenkollegium; es kommen die pekuniären Interessen dabei ins Spiel, indem für das Friedewirken bei der Auflassung und ihre Eintragung in die öffentlichen Bücher nicht unbedeutende Abgaben zu entrichten waren.

Genauer sind wir über die Vorgänge in Magdeburg unterrichtet[121]): hier fanden seit dem Jahre 1293 deswegen Verhandlungen zwischen den Schöffen und dem Rathskollegium statt; trotzdem die Schöffen erklärten, daß wenn sie in die Abtretung ihrer Berechtigungen willigten, sie rechtlos werden und in die Reichsacht fallen würden, nahm ihnen der Rath die

---

120) Vgl. besonders Homeyer's Abhandl. in den Berliner Akademieschriften: die Stadtbücher des Mittelalters, insbesondere das Stadtbuch von Quedlinburg 1860. 4; einige weitere Nachweisungen in meinem Privatrecht I. S. 459. N. 4. — Die Notizen bei Mascher, das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen 1869. S. 54 ff. sind ungenügend und nicht der besten Literatur entlehnt.

121) Das genauere darüber erzählt die Magdeburger Schöffenchronik (Chroniken der deutschen Städte VII. 1869. S. 175 ff.), aus welcher bereits Homeyer S. 26 f. die betreffenden Stellen benutzt hat.

Stadtbücher, in welchen die Vergabungen verzeichnet waren, mit Gewalt fort, setzte im J. 1295 fest, daß das Eigen in dem Burdinge vor dem Rath vergeben und von ihm gerichtet werden solle, und rechtfertigte diesen Schritt damit, daß die Schöffen verschiedene Unregelmäßigkeiten begangen, besonders zu hohe Gebühren für Löschungen in den Büchern gefordert hätten[122]). Doch drang der Rath mit seinen Ansprüchen nicht definitiv durch, sondern es erfolgten auch in späterer Zeit noch Auflassungen vor dem Schöffenstuhl, ebenso gut wie vor dem Rath, und erst seit 1336 galt der Rath allein als kompetent[123]). So viel steht fest, daß die Schöffen auch nach dem J. 1295 in allen ihren Rechtsmittheilungen und Urtheilen behaupten, daß nach Magdeburger Recht die vor dem Rath erfolgten Auflassungen ungültig seien[124]).

In Breslau, wo eine Zeit hindurch die Auflassungen, wie es scheint in ungerechtfertigter Praxis, vor dem Rath er-

---

122) In einem Privileg des Erzbischofs Erich v. Magdeburg v. J. 1294 (Rathmann, Geschichte der Stadt Magdeburg II. 1801. S. 492) heißt es: wy bekennen ok des, dat alle de Gift, de man geben schol, und de man fordern schol, und widerreden schol, und alle de Stücke, de tom Eigene kommen mögen und gehören, dat man de geben und fordern schol in dem Buerdinge und anders nergendt.

123) Vgl. die Literaturangabe bei Homeyer S. 27; ob jene obige Jahrzahl übrigens begründet ist, vermag ich nicht zu untersuchen.

124) Magdeb. Görl. Recht von 1304, Magdeb. Fragen I. 7. d. 23, I. 12. d. 3, Syst. Schöffenr. IV. 1. 21 (aus unbekannter Quelle; = Culm IV. 21), Magdeb. Urtheilsspruch nach Stendal vom J. 1334 (Behrend, Stendaler Urtheilsbuch II. 1. S. 2), Rechter Weg M. 31, 32 (Böhlau, Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 14. N. 48); vgl. auch Simon, dissertatio p. 18 seq. — Irrig behauptet Walter, Rechtsgeschichte §. 546. N. 4, daß in Magdeburg die Auflassungen vor dem Rath erfolgt seien.

folgten[125]), wurde 1365 die Willkür gegeben, daß sie fernerhin vor die Schöffen gehören sollten[126]).

Aber in nicht wenigen Städten ging definitiv die freiwillige Gerichtsbarkeit über Grundstücke auf den Rath über und wurden von diesem die Stadtbücher geführt; in der Rathsstube, vor versammeltem Stadtrath[127]) sollte die Erklärung über die Uebertragung dinglicher Rechte erfolgen, so in Lübeck seit 1240, vielleicht schon 1227[129]), in Hamburg jedenfalls schon vor 1248[130]), in Dortmund[131]), Arnsberg[131a]),

---

125) Vgl. System. Schöffenr. IV. 2. 56 und die in der vorigen Note angeführte Stelle des rechten Weges, welche beide ein derartiges Breslauer Stadtrecht bezeugen. Vielleicht hatte sich dasselbe erst nach 1359 gebildet, da wir eine Breslauer Urkunde dieses Jahres besitzen (Korn, Breslauer Urkundenbuch n. [illegible]), in welcher die Schöffen eine Auflassung coram nobis in bannito judicio. Th. advocato hereditario eidem judicio presidente bescheinigen.

126) Korn n. 242. a. 1365: concordatum est per nos consules, scabinos et seniores, quod nunquam de cetero fiant dolose resignationes hereditatum atque census coram consulatu, sed coram scabinis in bannito judicio.

127) War der Veräußerer verhindert vor den Rath zu gehen, so konnten auch einige Rathmannen zu ihm deputirt werden und erfolgte auf ihr Zeugniß hin die Eintragung in die Stadtbücher, Frensdorff, Stadt- und Gerichtsverfassung Lübecks S. 185. N. 78.

128) Der Kürze wegen verweise ich im allgemeinen auf Homeyer's Stadtbücher, vermehre aber dessen Nachrichten noch durch einige Notizen.

129) Heise u. Cropp, Abhandl. I. S. 31. N. 2, Homeyer S. 25, Frensdorff S. 185; Lübisches Recht (Hach II. 23, 36, III. 159), Simon, dissert. p. 19.

130) Homeyer S. 23 f.; vgl. auch die Statuten von 1270. I. 6, VII. und das Statut bei Lappenberg, Hamburg. Rechtsalterthümer S. 71. I.

131) Vgl. außer der bei Homeyer S. 20 angef. Stelle der Statuten von Dortmund die ältere, wesentlich gleichlautende Bestimmung K. Ludwigs IV. aus dem J. 1332 (Gengler, Cod. jur. munic. I. p. 850).

131a) Stadtr. ungefähr 1450 bei Gengler, c. jur. mun. I. p. 56.

Höxter, Herford[132]), Verden[133]), Duderstadt[134]), Wismar[135]), Rostock[136]), Stralsund[137]), Stendal[138]), Löwenberg[139]), Zürich, Winterthur[139a]). An andern Orten wurden bei der Auflassung beide Behörden thätig, das Gericht, indem vor ihm die Auflassung selbst erfolgte, das Rathskollegium, indem die erfolgte Auflassung von ihm im Stadtbuch verzeichnet wurde[140]); an noch andern Orten konnten die Parteien wählen, ob sie vor das Schöffengericht oder den Rath gingen[141]); in vielen Städten endlich blieb es

---

132) Für Höxter u. Herford vgl. die Belegstellen bei Bülowius S. 30, 31.

133) Stadtr. v. Verden a. 1330. §. 9 (Gengler, Stadtrechte S. 509).

134) Statuten bei Gengler, c. jur. munic. I. p. 925. II.

135) Homeyer S. 35. — VO. v. 1296 (Gengler, Stadtrechte S. 551): Decreverunt consules, quod quicunque vendere vel gratis dare suum jugerum voluerit, coram consulibus resignabit; quicunque contra fecerit, talentum consulibus dabit.

136) Homeyer S. 32.

137) Homeyer S. 34 und das von Fabricius herausgegebene Stralsunder Stadtbuch, worin die Auflassungen theils als a consulibus, theils als coram consulibus erfolgt verzeichnet werden.

138) Homeyer S. 33 f., Behrend, Stendaler Urtheilsbuch S. 4.

139) Homeyer S. 25.

139a) Bluntschli, Züricher Rechtsgesch. I. S. 417 f.

140) So in Bremen, Homeyer S. 18, 39, Kraut §. 98. N. 2, Simon, dissert. p. 20; über Prag, Schweidnitz u. Köln vgl. Homeyer S. 39 f.; in Braunschweig wird vor Gericht aufgelassen; es sollen aber auch 2 Rathmannen gegenwärtig sein.

141) Stadtr. v. Celle v. J. 1301 §. 28: Of en man sin hus ut setten wel, dot he dat vor den borgheren, it is liche stede, also he it dede vor dem voghede; dagegen nach dem Stadtrecht von 1537 (Homeyer S. 19) erfolgt die Auflassung vor dem Gericht und wird dann in dem Rathsbuch vermerkt. — Ueber Olmütz vgl. Homeyer S. 39.

Wirksamkeit gehabt hat; es ist sehr wohl möglich, daß dem Gericht die mangelnde Genehmigung des Raths verschleiert wurde, und eine Uebertragung vor Gericht stattfand, deren Richtigkeit erst später an das Licht kam.

Sodann dürfte auch die Art und Weise bedenklich sein, wie Bülowius die kategorischen Bestimmungen der Stadtrechte, daß die Auflassung vor dem Gericht oder dem Stadtrath erfolgen soll, da zu beseitigen sucht, wo er aus dem angegebenen Grunde die Auflassung für indifferent erklärt. Er meint, es solle dadurch nur die Behörde bestimmt werden, welche für Auflassungen kompetent sei, ohne es auszuschließen, daß dieselben auch vor Privatzeugen vorgenommen würden. Indessen dürfte dagegen der einfache, klare Wortlaut mancher statutarischen Bestimmungen sprechen, und man sieht nicht ein, warum eine bestimmte Behörde genannt wird, wenn es auch möglich ist, auf jede sonstige beliebige Art und Weise durch einfache Willenserklärung das Recht zu übertragen.

Für unbedingt richtig halte ich dagegen den Satz von Bülowius, daß überall da, wo die rechte Gewere auch ohne vorangegangene gerichtliche Auflassung entstehen konnte, das dingliche Recht durch einen Privatakt übertragen werden durfte. Denn daraus, daß das in formloser Weise entstandene Recht nach dem Verlauf einer bestimmten Zeit von Niemand mehr angefochten werden darf, können wir auch schließen, daß es zu seiner Entstehung überhaupt keiner bestimmten Form bedurfte.

Sein drittes Kriterium endlich[90]), es sei die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung überall da anzunehmen, wo für dieselbe eine Abgabe zu zahlen war, ist meines Erachtens ohne Belang; denn es kann noch immer in das Belieben des Einzelnen gestellt sein, ob er die Handlung zur Bestärkung

90) Vgl. Bülowius S. 36.

seines Rechts vornimmt, für welche der Staat eine gewisse Abgabe erhebt[91]).

Dies sind die von Bülowius vorgebrachten Gründe; ihr Gewicht ist verschieden und wir dürfen daher seinem Verzeichniß von Städten, welche eine Uebertragung von dinglichen Rechten auch ohne formellen Akt zulassen, nicht ohne weiteres zustimmen. Auch scheint an manchen Orten längere Zeit hindurch Schwanken und Unsicherheit betreffs der Frage stattgefunden zu haben; man wünschte die Uebertragung vor Gericht oder Rath, ohne sich völlig klar darüber zu sein, was dann eintritt, wenn die öffentliche Auflassung unterblieben war.

Gehe ich nun zu den einzelnen Stadtrechten über, so trage ich Bedenken der Ansicht von Bülowius, daß es der gerichtlichen Auflassung nicht bedurft hätte, zuzustimmen für Lübeck (vgl. Hach II. 23, 24, 36, III. 53, 131, 159, IV. 85), Duderstadt (vgl. oben S. 174) und Herford, halte aber den Beweis von ihm für erbracht für Wismar (wo erst im 16. Jahrhundert die Auflassung unbedingt gefordert wird), für Erfurt, Ilm, Königsee, Nordhausen, Göttingen, Höxter (bis z. J. 1415), für Bremen[92]) und Saalfeld; zu diesen Städten würden noch diejenigen hinzukommen, für welche Laband (S. 308 ff.) es nachge-

91) Aus dem oben angeführten Grunde fordert Bülowius die gerichtliche Auflassung für das Recht der Städte Hörde, Wesel, Rüden, Hamm, Büren, Gehrden, Padberg, Eisenach, Orlamünde, Rudolstadt. Daß dieser Grund aber in der That nicht beweisend sei, ergiebt sich aus dem Stadtrecht von Soest, welches nach der Ansicht von Bülowius p. 29. die Auflassung nicht erfordert und doch eine Abgabe an den Richter für dieselbe vorschreibt.

92) Vgl. Laband S. 312, Bülowius S. 25; nach dem spätern Recht von Bremen (Statt. v. 1433. Ord. 49) begann der Zeitraum von Jahr und Tag für die rechte Gewere erst nach der Auflassung zu laufen.

wiesen hat, daß sie die Auflassung nicht als Erforderniß der rechten Gewere aufstellen: Salzwedel, Freiberg[93]), Lüneburg, Münster, Uelzen, Brilon, Driburg, Hannover, Medebach.

Aber eine ganze große Reihe von den dem sächsischen Quellengebiet angehörigen Stadtrechten spricht das Prinzip der Publizität mit aller Schärfe aus und erklärt die Uebertragungen ohne Zuziehung des Gerichts oder des Stadtraths für nichtig. Und diese Richtung der Rechtsbildung nahm immer mehr an Herrschaft zu[94]). Obenan steht das Magdeburger Stadtrecht[95]) mit seinem weiten Geltungsgebiet[96]), dasselbe Prinzip galt in Brünn, Prag[97]), Iglau[98]), Hamburg[99]),

---

93) In Betreff Freibergs besteht ein Zweifel, vgl. Bülowius S. 35. N. 31.

94) Vgl. die Belege für das folgende bei Bülowius p. 32 ff., in Vergleichung mit Laband S. 315 ff. — Wir fügen noch weitere Stadtrechte hinzu und geben in Betreff ihrer die Belege an.

95) Zu den Belegen kommt noch in Betreff des Pfandrechts Syst. Schöffenr. III. 2. 67.

96) Zu beachten ist, daß man in Breslau es schon i. J. 1254 für wünschenswerth hält, ein Gut außer vor der Herzogin auch noch vor dem Richter aufzulassen, Korn, Breslauer Urkundenbuch n. 18.

97) Bülowius p. 34, wo die Stelle des Prager Statutarrechts c. 109 (Rößler, S. 67) nicht vollständig abgedruckt ist; ihre Fortsetzung spricht noch bestimmter; vgl. auch c. 136. — Am deutlichsten wird dies Prinzip aus c. 70 (Rößler S. 48): welch man ain hous wider ainen andern chouft, und das es verprint e der zeit, ee den her ims ufgibt vor den vier penchen, er geb im darumb gelt oder nicht, so ist es dem verprunnen, ders verchouft hat, es sei dan, das hers mit genanten worten ausgenumen habe.

98) Tomaschek, Oberhof v. Iglau S. 67. c. 49: wer erbe unde eygen, nachdem und es ym vor richter und scheppen auf wirt gegeben, jar und tag an ansprach hat besessen, dem mag man seyn vurpas von recht nicht ansprech gemachen; S. 152. c. 259.

99) Vgl. auch Baumeister, Hamburg. Privatr. I. S. 127.

Dortmund[100]), Büren[100a]), Rheda in Westphalen, Blankenberg[101]), Cleve[102]), Duderstadt[103]), Verden[104]), Hildesheim, Celle, Braunschweig, Goslar.

§. 8.

Mit Bezug auf die andern Stämme ist zunächst zu beachten, daß der Deutschenspiegel cap. 71 f. allerdings im Anschluß an Sachsensp. I. 52. §. 1 sagt, daß die Auflassung nur Kraft habe, wenn sie im echten Dinge geschehe; aber im Widerspruch damit unterscheidet er cap. 25 drei Arten, wie man eine Vergabung von Todes wegen machen könne: nämlich 1) durch Urkunde, d. h. durch einen Akt vor Zeugen, über welchen eine Urkunde aufgenommen wird, 2) durch eine Handlung vor dem Richter und 3) durch Constituirung eines Zinsverhältnisses. Und derselbe Widerspruch findet sich auch im Schwabenspiegel zwischen cap. 22 und cap. 22. I.[105]). Nach dem ganzen Quellenverhältniß dieser beiden Rechtsbücher wer-

---

100) Dortmunder Stadtrecht von 1332 (Gengler C. jur. munic. I. p. 852 t; auch abgedr. bei Kraut, Grundr. §. 97. n. 50). Vgl. auch oben S. 170. N. 83.

100a) Gengler a. a. O. S. 442. §. 32.

101) Gengler a. a. O. S. 236.

102) Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 446.

103) Vgl. oben S. 174.

104) Stadtrecht v. 1330 §. 9 (Gengler, Stadtrechte S. 509): Vortmer schal nement syn Erve laten, he en do dat vor den Vaghede un vor dem Rade, un der Stad en sche ere Plycht dar van. Un dem dat Erve laten wert .... schal Borghen nemen, dat men ene ware Jar un Dach; Statuten 15 (Pufendorf I. 83); Laband S. 319. N. 70 nimmt auf Grund der letzteren Stelle mit Recht an, daß eine rechte Gewere erst Jahr und Tag nach der Auflassung entsteht; es ist daher auf die für das Gegentheil von ihm S. 312 N. 51 citirte, überdies sehr unbestimmt lautende Stelle kein Gewicht zu legen.

105) Ueber Schwabensp. 22 vgl. Meibom, Pfandrecht S. 319 f. und meine Rezension in d. krit. Viertelj. Schrift IX. S. 311.

den wir unzweifelhaft auf ihre selbständigen Nachrichten viel mehr Gewicht legen, als auf solche, welche sie dem Sachsenspiegel entlehnen, und demgemäß unbedenklich die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung für diese süddeutschen Rechtsbücher leugnen.

Undeutlich ist der Ausspruch des kleinen Kaiserrechts II. c. 106, daß die Güter am Tage und vor des Kaisers Augen zu übertragen seien; er wird II. 92 erläutert: vor dez keisers ougen, daz ist vor den luten, u. s. w.; aber die lute die sullen hubener sin an der stat oder in dem dorffe, da daz gut gelegen ist: also es ist keine Auflassung vor Gericht oder gar vor einem kaiserlichen Gericht erforderlich, sondern es genügt die Uebertragung vor Zeugen. Und dies Resultat bestätigen auch zahlreiche Urkunden, welche nur Zeugen aufführen, und der Theilnahme des Gerichts keine Erwähnung thun[106]).

Auch die süddeutschen Stadtrechte stehen, mit Ausnahme derer, welche von dem Magdeburger Recht abhängig sind, großentheils auf demselben Standpunkt: nach dem Stadtrecht von Wien[107]) erfolgt die Auflassung vor zwei oder mehreren Genannten; nach dem von Augsburg[108]) soll der Käufer von dem geschehenen Erwerb seinen Nachbarn Kunde geben und sie auffordern, binnen Jahr und Tag ihren Widerspruch geltend zu machen, widrigenfalls er die rechte Gewere erwerben und der Stadt Handfeste darüber erhalten werde; nach dem Stadtrecht von Bischofzell in der Schweiz überträgt man

106) Vgl. für Baiern Merkel, Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 173; ferner die von mir bereits Zeitschr. f. krit. Rechtswiss. IX. S. 312 angeführten Urkunden und Monum. Zoller. II. n. 254. a. 1282: vendidimus et tradidimus et in hiis scriptis vendimus et tradimus .... renunciantes predictis bonis manu et calamo, ut fieri assolet.

107) 1221. §. 4 (Gaupp, Stadtrechte II. S. 247).

108) Walch IV. S. 251.

sein Haus durch einen Akt vor zwei angesessenen Bürgern[109]), nach dem von Zug[110]) durch Auflassung an offner, freier Straße oder an des Richters Hand. Und das Schweigen anderer Stadtrechte über diesen Punkt rechtfertigt die Vermuthung, daß auch nach ihnen die gerichtliche Auflassung entbehrlich war[111]).

Nur wenige Stadtrechte Süddeutschlands fordern direkt die Auflassung vor Gericht, so das von Bamberg[112]) und von München[113]).

§. 8.

Am unbedingtesten wird die Forderung der gerichtlichen Uebertragung im Gebiet des Lehnrechts und des Hofrechts aufgestellt. Da es sich hier um Güter handelt, welche nicht im Eigenthum des veräußernden Besitzers stehen, wird die Zustimmung des Eigenthümers, welcher meistens zugleich die Gerichtsgewalt hat, oder seines Stellvertreters, und um diese zu ertheilen, resp. zu verweigern, die gerichtliche Handlung gefordert. Diese Vorschrift rechtfertigt sich auch dadurch, daß der Veräußerer seiner Verpflichtungen zu entlassen und der Erwerber statt seiner als verpflichtet anzunehmen ist. Für das Lehnrecht bedarf es keiner Nachweisungen; für das Hofrecht sind Belege gleichfalls zahlreich vorhanden[114]), für das

---

109) Gengler, C. D. munic. I. p. 234.

110) Sandhaas S. 34.

111) Außerdem sind auch die zahlreichen süddeutschen Bestimmungen zu beachten (vgl. Laband S. 313), welche unter den Requisiten der rechten Gewere nicht der gerichtlichen Auflassung gedenken.

112) Zöpfl §. 55.

113) München (Auer) art. 31, 32, 267 und in Betreff des Pfandrechts art. 205.

114) Weisth. v. Emmerke im Hildesheim'schen §. 11 (Grimm IV. S. 663), Weisth. v. Altorf v. J. 1439. §. 43, 50 (Grimm I. S.

letztere kam hier noch als weiteres Motiv hinzu, daß an den Hofherrn bei einer Veräußerung besondere Abgaben zu entrichten waren.

§. 9.

Somit ist es also auch für die Zeit der Rechtsbücher erwiesen, daß kein allgemein deutsches Prinzip bestand, sondern die Auflassung vor Zeugen neben der vor Gericht in Geltung war.

Dagegen halte ich die bisweilen vertheidigte Annahme, daß auch eine Uebertragung durch einfache Urkunde zulässig gewesen sei, für unbegründet. Die Urkunde ist auch in dieser Zeit immer nur ein Beweismittel über den vor Zeugen oder vor Gericht vorgenommenen Rechtsakt, und ich kann insbesondere nicht v. Meibom[115]) zustimmen, daß das Geben und Nehmen der Urkunde den symbolischen Akt ersetzte. Dafür finde ich keinen Beleg. Auch da, wo es auf den ersten Blick so scheinen könnte, als ob die Urkunde das übertragende Moment wäre, ergiebt sich doch bei genauerem Zusehen, daß eine reale Auflassung vorhergegangen war. Wenn es z. B. auch in der (S. 180. N. 106.) angeführten Urkunde heißt: hiis scriptis vendimus et tradimus, so wird doch die Auflassung unzweifelhaft bezeugt durch die folgenden Worte: renunciantes predictis bonis manu et calamo, ut fieri assolet[116]).

15, 16), andere Schweizer Weisth. bei Bluntschli, Zür. Rechtsg. I. S. 264; Elsaß. Weisth. Grimm IV. S. 204. — Bisweilen wird bestimmt, daß die Auflassung innerhalb einer bestimmten Frist, Jahr und Tag oder noch früher, nach der Veräußerung erfolgen soll, widrigenfalls der Beamte das Gut einziehen darf, Wejsth. zu Radendorf §. 26 (Kaltenbeck, östr. Panteidinge I. S. 86), von Enzersdorf §. 7 (Grimm III. S. 706).

115) Pfandrecht S. 323.

116) Urk. a. 1266 (bei Kindlinger, Volmestein II. n. 35):

Wo nun das Prinzip der Publizität zur Anerkennung gekommen war, konnte bei Weigerung des Veräußerers, die Auflassung vorzunehmen, der andere Contrahent auf Grund des vorangegangenen Rechtsgeschäfts gegen ihn, auf Vornahme des Akts klagen [117]).

Für die Auflassung kompetent war dasjenige Gericht, in dessen Sprengel das betreffende Grundstück liegt und zwar regelmäßig das echte Ding [118]). Eine Auflassung an einem andern Ort, als dem forum rei sitae ist ungültig und läßt für den Erwerber kein Recht entstehen [119]).

In den Städten, in welchen am bestimmtesten und frühesten eine obrigkeitliche Handlung zur Uebertragung der Grundstücke gefordert wurde, traf man zugleich Vorsorge, um alle derartigen Akte zu beurkunden und bediente sich zu diesem Zweck der Stadtbücher. Während es Schwierigkeiten haben

---

sub testimonio scripti presentis sumus arbitrati .... collationem nostram non minus validam debere existere, quam si solempuiter facta esset in judicio, quod vriethinc vulgariter appellatur, eine Auflassung des Grafen Otto von Ravensberg an die Stadt Beckum; man war nicht vor das Gericht gegangen; aber eine Auflassung vor Zeugen hatte doch stattgefunden, wie sich aus dem Schluß actum ....presentibus ergiebt. — Urk. a. 1281 (Baur, Urkunden z. hess. Landesgesch. n. 237): omnia bona supradicta et debita per presentes literas vice scotacii libere assignando et in omni jure ... in ipsos integre transferendo; eine eigentliche symbolische Auflassung war nicht erfolgt (vice scotacii), aber wohl doch, wie die angeführten Zeugen schließen lassen, ein öffentlicher Akt. Vgl. auch oben die S. 170 angeff. Urkunden.

117) Vgl. Magd. Urtheil bei Wasserschleben, Rechtsquellen I. S. 169 und Laband S. 244 f.

118) Vgl. z. B. Sächs. Weichb. art. 20 (Laband, Magd. Rechtsq. S. 65), Brünner Schöffenbuch c. 341. Vgl. auch meinen Aufsatz in Bekker's und Muther's Jahrb. I. S. 436, 440.

119) Aus diesem Grunde war es auch unmöglich, durch eine Auflassung ein Recht am ganzen Vermögen zu konstituiren, wenn zu ihm Grundstücke in verschiedenen Gerichtssprengeln gehörten.

folgten[125]), wurde 1365 die Willkür gegeben, daß sie fernerhin vor die Schöffen gehören sollten[126]).

Aber in nicht wenigen Städten ging definitiv die freiwillige Gerichtsbarkeit über Grundstücke auf den Rath über und wurden von diesem die Stadtbücher geführt; in der Rathsstube, vor versammeltem Stadtrath[127]) sollte die Erklärung über die Uebertragung dinglicher Rechte erfolgen, so in Lübeck seit 1240, vielleicht schon 1227[129]), in Hamburg jedenfalls schon vor 1248[130]), in Dortmund[131]), Arnsberg[131a]),

---

125) Vgl. System. Schöffenr. IV. 2. 85 und die in der vorigen Note angeführte Stelle des rechten Weges, welche beide ein derartiges Breslauer Statutarrecht bezeugen. Vielleicht hatte sich dasselbe erst nach 1309 gebildet, da wir eine Breslauer Urkunde dieses Jahres besitzen (Korn, Breslauer Urkundenbuch n. 84), in welcher die Schöffen eine Auflassung coram nobis in bannito judicio, Th. advocato hereditario eidem judicio presidente bescheinigen.

126) Korn n. 242. a. 1365: concordatum est per nos consules, scabinos et seniores, quod nunquam de cetero fiant dolose resignationes hereditatum atque census coram consulatu, sed coram scabinis in bannito judicio.

127) War der Veräußerer verhindert vor den Rath zu gehen, so konnten auch einige Rathmannen zu ihm deputirt werden und erfolgte auf ihr Zeugniß hin die Eintragung in die Stadtbücher, Frensdorff, Stadt- und Gerichtsverfassung Lübecks S. 185. N. 78.

128) Der Kürze wegen verweise ich im allgemeinen auf Homeyer's Stadtbücher, vermehre aber dessen Nachrichten noch durch einige Notizen.

129) Heise u. Cropp, Abhandl. I. S. 31. N. 2, Homeyer S. 25, Frensdorff S. 185; Lübisches Recht (Hach II. 23, 36, III. 159), Simon, dissert. p. 19.

130) Homeyer S. 23 f.; vgl. auch die Statuten von 1270. I. 6, VII. und das Statut bei Lappenberg, Hamburg. Rechtsalterthümer S. 71. I.

131) Vgl. außer der bei Homeyer S. 20 angef. Stelle der Statuten von Dortmund die ältere, wesentlich gleichlautende Bestimmung K. Ludwigs IV. aus dem J. 1332 (Gengler, Cod. jur. munic. I. p. 850).

131a) Stadtr. ungefähr 1450 bei Gengler, c. jur. mun. I. p. 56.

Höxter, Herford[132]), Verden[133]), Duderstadt[134]), Wismar[135]), Rostock[136]), Stralsund[137]), Stendal[138]), Löwenberg[139]), Zürich, Winterthur[139a]). An andern Orten wurden bei der Auflassung beide Behörden thätig, das Gericht, indem vor ihm die Auflassung selbst erfolgte, das Rathskollegium, indem die erfolgte Auflassung von ihm im Stadtbuch verzeichnet wurde[140]); an noch andern Orten konnten die Parteien wählen, ob sie vor das Schöffengericht oder den Rath gingen[141]); in vielen Städten endlich blieb es

---

132) Für Höxter u. Herford vgl. die Belegstellen bei Bülowius S. 30, 31.

133) Stadtr. v. Verden a. 1330. §. 9 (Gengler, Stadtrechte S. 509).

134) Statuten bei Gengler, c. jur. munic. I. p. 925. II.

135) Homeyer S. 35. — VO. v. 1296 (Gengler, Stadtrechte S. 551): Decreverunt consules, quod quicunque vendere vel gratis dare suum jugerum voluerit, coram consulibus resignabit; quicunque contra fecerit, talentum consulibus dabit.

136) Homeyer S. 32.

137) Homeyer S. 34 und das von Fabricius herausgegebene Stralsunder Stadtbuch, worin die Auflassungen theils als a consulibus, theils als coram consulibus erfolgt verzeichnet werden.

138) Homeyer S. 33 f., Behrend, Stendaler Urtheilsbuch S. 4.

139) Homeyer S. 25.

139a) Bluntschli, Züricher Rechtsgesch. I. S. 417 f.

140) So in Bremen, Homeyer S. 18, 39, Kraut §. 98. N. 2, Simon, dissert. p. 20; über Prag, Schweidnitz u. Köln vgl. Homeyer S. 39 f.; in Braunschweig wird vor Gericht aufgelassen; es sollen aber auch 2 Rathmannen gegenwärtig sein.

141) Stadtr. v. Celle v. J. 1301 §. 28: Of en man sin hus ut setten wel, dot he dat vor den borgheren, it is liche stede, also he it dede vor dem voghede; dagegen nach dem Stadtrecht von 1537 (Homeyer S. 19) erfolgt die Auflassung vor dem Gericht und wird dann in dem Rathsbuch vermerkt. — Ueber Olmütz vgl. Homeyer S. 39.

während des ganzen Mittelalters bei der Competenz der Gerichte[142]).

Wo nun die Auflassung nicht mehr in dem echten Dinge, in dem von allen Gerichtseingesessenen zu besuchenden Gericht, sondern vor dem Stadtrath erfolgte, ist sie nicht mehr der coram populo vorgenommene und darum Allen bekannte Akt, sondern vielmehr eine in feierlicher Form vor einer Behörde vollzogene und daher jeder Zeit beweisbare Verhandlung. War früher durch die Oeffentlichkeit des Verfahrens das entgegenstehende Recht dritter Personen gegen Beeinträchtigung sicher gestellt und war darum auch nur selten die Anfechtung einer Veräußerung zu erwarten, hatte man also höchstens von Seiten von Abwesenden oder Unmündigen eine spätere Einsprache zu befürchten, so konnte es bei der Auflassung vor dem Rath leichter vorkommen, daß eine unbefugte Veräußerung längere Zeit den Interessenten unbekannt blieb; andererseits stand aber zu erwarten, daß wer sich nicht durch die von dem Rath geführten Grundbücher zur Veräußerung legitimiren konnte, auch gar nicht den Versuch der Auflassung unternehmen würde.

§. 10.

Das Wesen der Auflassung ist dasselbe, wie in alter Zeit: der Veräußerer verzichtet in feierlicher Weise und unter An-

142) So in Goslar, Statt. S. 26. Z. 33. S. 30. Z. 21 ff. (irrig sagt Walter §. 546. N. 4, daß es vor dem Rath hier geschehen sei); das Rechtsbuch nach Distinktionen I. 45, §. 1 sagt, daß in Kaiserweichbilden die Auflassungen vor dem Rath, aber in unsern Weichbilden vor das Gericht gehören. — Ferner gerichtliche Auflassungen zu Aachen (vgl. die Urkunden in Lörsch, Aachener Rechtsdenkmäler S. 173 ff.), zu Soest (Stadtr. des 13. Jahrh. art. 33 bei Gengler, Stadtrechte S. 443), Bocholt (Bülowius p. 31), Brünn (Statuten c. 325), München (Stadtr., herausg. v. Auer art. 31), Bamberg (Statuten §. 55), Iglau (Tomaschek, Oberhof S. 152).

wendung von Symbolen auf sein Recht und es geht dasselbe auf den Erwerber über[143]). Die Anwendung von Symbolen, welche das Grundstück repräsentiren oder den Willen des Veräußerers bildlich ausdrücken sollen, ist auch jetzt noch die Regel; man hielt an diesem Gebrauch an manchen Orten bis zu dem Grade fest, daß man einen Grund zur Anfechtung der Veräußerung zu haben glaubte, wenn sie nicht „mit hande und mit munde", sondern bloß mit Aussprechen feierlicher Worte erfolgt war[144]). Doch machte sich daneben auch die rationalistischere Auffassung geltend, daß die Rechtsgültigkeit der Handlung unter der Unterlassung der Symbole nicht leide[145]).

Eine Auflassung durch Stellvertreter oder an Stellvertreter war im allgemeinen zulässig, wenn derselbe erklärte die Handlung für den Andern vorzunehmen und eine gerichtliche Vollmacht vorbrachte[146]). Aber der Magdeb. Schöffenstuhl

143) Es hat Kuntze (Goldschmidt, Zeitschr. II. S. 589. N.) ganz recht mit seiner Behauptung, daß der Verzicht des Veräußerers das Wesentliche bei dem Rechtsakt gewesen sei und der Erwerber sich im allgemeinen passiv verhalten habe.

144) So in dem Magdeb. Schöffenspr. bei Neumann n. 4. a. 1419. — Viele Beispiele von Auflassungen mit Hand und mit Mund stellt Sandhaas S. 46 f. aus den Grimm'schen Rechtsalterthümern zusammen. Wie eigentlich die Geberde mit der Hand und mit den gekrümmten Fingern beschaffen gewesen sei, läßt sich nicht mehr feststellen; vgl. Grimm S. 138, 141 und noch das aufstippen mit dem Finger in den Goslarer Statt. S. 14. Z. 4 ff.

145) Gosl. Statt. S. 14 Z. 9 ff., Rechtsb. n. Dist. I. 31. d. 1.

146) Ueber das ältere Recht Stobbe, Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 410 f. — Urk. Friedrichs I. a. 1167 (Böhmer, acta imperii I. n. 128): der Bischof v. Merseburg und sein Bruder haben dem Kaiser gewisse zu Merseburg liegende Güter in curia Wirzeburg mit der Bitte übergeben, sie gewissermaßen als Salmann später der Merseburger Kirche zu demselben Recht zu übertragen. Et quia tunc prefatam ecclesiam personaliter adire et propria manu offerre non potuimus, dilectis principibus nostris Adelberto et Theoderico marchionibus vicem nostram commisimus, ita ut si quis eorum prior

war in dieser, wie in mancher andern Beziehung rigoristischer und forderte die persönliche Anwesenheit des Auflassenden[147]). Die Oeffentlichkeit der gerichtlichen Auflassung gewährte nicht bloß den Vortheil, daß sie später leicht bewiesen werden konnte, sondern gab dem Erwerber noch weitere Sicherheit. Freilich eine Prüfung ex officio, ob der Veräußerer zur Uebertragung berechtigt und legitimirt sei, fand nach älterem Recht nicht statt[148]): die Publizität der Handlung vor versammeltem Volk ließ sie als überflüssig erscheinen, da die Erben und überhaupt Alle, deren Recht durch die Auflassung gekränkt worden wäre, ihren Widerspruch sofort laut werden lassen konnten. Aber der Richter und die Schöffen erscheinen nicht bloß als Zeugen, sondern es findet unter ihrer aktiven Betheiligung ein gerichtliches Verfahren statt, welches zu dem Schluß führt, daß durch den Ausspruch des Gerichts dem Erwerber das Gut zugesprochen wird[149]).

Nachdem der Veräußerer seinen Auflassungswillen erkärt hat, fragt der Richter oder eine andere Gerichtsperson, meist dreimal, ob Jemand etwas dagegen zu erinnern habe[150]), und

---

Merseburch veniret, predicta predia ... super altare b. Joannis .... offerret .... Quod totum ita factum est. Contigit enim una dierum .... quod marchio Adalbertus Merseburg venit ... deinde juxta mandatum nostrum illa deo et sanctis illis obtulit. — Ein solcher Fall auch in Korn, Bresl. Urk. B. n. 84 v. J. 1309 (Breslau). — Syst. Schöffenr. IV. 2. 85. — In diesem Sinne verstehe ich auch das Rechtsb. n. Dist. I. 31. d. 2, welches die Bestimmung der Goslar. Statt. S. 14. Z. 12 völlig verändert hat.

147) Vgl. die Nachricht aus dem Rechten Weg bei Böhlau, Zeitschr. IX. S. 31. N. 96.

148) Abweichender Ansicht Beseler, Privatrecht §. 91. S. 343.

149) Vgl. auch Laband S. 236 ff.; S. 238: „Der Erwerber kam in eine ähnliche Lage, als hätte er durch rechtskräftiges Erkenntniß in Folge eines wirklichen Prozesses das Gut von dem bisherigen Besitzer erstritten."

150) In Baiern findet schon im J. 839 (Meichelbeck I. n. 607)

erklärt dann, daß wer vor Gericht zugegen sei, und seine Rechtsansprüche nicht sofort anmelde, mit denselben präkludirt sei und künftig immer zu schweigen habe [151]). Die Abwesenden sollen binnen Jahr und Tag ihren Widerspruch anmelden [152]).

Erfolgt im Gericht eine Einsprache, so wird das Verfahren bis zu ihrer Erledigung unterbrochen [153]); wird aber kein Widerspruch erhoben, so bestätigt der Richter das Geschäft mit seinem Gerichtsbann und wirkt dem Erwerber Frieden [154]); der Erwerber zahlt an den Richter und die Schöffen eine

---

diese trina interrogatio statt; weitere Beispiele dafür aus dem Baierischen Recht bei Merkel, Zeitschr. II. S. 140. N. 107. — In Iglau wurde vor dem Termin, in welchem die Auflassung vorgenommen wurde, dreimal in 14tägigen Zwischenräumen in der Pfarrkirche, welche die größte Gemeinde hat, die Absicht der Auflassung verkündigt und zum Einspruch aufgefordert (Tomaschek, Oberhof S. 152); an manchem Orte erfolgte die mehrmalige Aufforderung nicht in demselben, sondern in verschiedenen Gerichtsterminen; so bietet im Breslauer Landgericht der Käufer das Gut vir Dingetage auf (Urk. v. J. 1436 im Cod. dipl. Siles. IV. p. 54 f.).

151) Rechtsb. n. Dist. I. 31. d. 1, I. 46. d. 4; München. Stdtr. art. 267; vgl. auch Sächs. Lehnr. 39. §. 1. — Unterblieb jene Frage an die Anwesenden, so waren sie nach den Goslar. Statt. 14. Z. 12 ff. in Folge ihres Schweigens nicht sofort präkludirt, sondern konnten ihre Ansprüche ebenso wie Abwesende binnen Jahr und Tag geltend machen; nach Sachsensp. II. 6. §. 4 gilt aber auch in diesem Falle: ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he's nicht weder reden.

152) Rechtsb. n. Dist. I. 46. d. 4.

153) Z. B. Iglauer Rechtsspruch (Tomaschek, Oberhof S. 66 §. 46).

154) Zahllose Urkunden erwähnen die Bestärkung regali banno. Das Verfahren des Friedewirkens beschreibt Rechtsb. n. Dist. I. 31. d. 1 z. 20—25, I. 46. d. 4 z. 30 ff.; während dasselbe im allgemeinen im Gericht erfolgt, verweist es I. 44. d. 1 für das Kaiserrecht zu dem Akt der Einweisung; vgl. darüber unten.

Abgabe, damit sie ihm später die Rechtmäßigkeit seines Erwerbes bezeugen[155]).

Durch das Friedewirken wird nicht bloß der formell rich-

155) Die Höhe der Abgabe geben z. B. Rechtsbuch n. Dist. IV. 47. d. 8, Magdeb. Fr. I. 3. d. 16 an. Sie kommt unter verschiedenen Namen vor: Friedensschilling, Rechtsb. n. Dist. I. 31. d. 1, Goslar. Statt. S. 25. Z. 37, Hannoversches Stadtrecht v. 1241 §. 4, Braunschw. St.-R. des 13. Jahrh. §. 65; vgl. auch Cropp, Diebstahl S. 24. N. 21, Behrend, Stendaler Urtheilsbuch S. 4 f.; pacis solidus Priv. f. Bodenwerder v. 1287. §. 21 (Gengler, Stadtrechte S. 29); Friedepfenninge Rechtsb. n. Dist. I. 46. d. 4; vriedebusze Magdeb. R. v. 1261. §. 23, v. 1304 art. 15, 73; man giebt die Abgabe zu Kundschaft, Sächs. Weichb. 21. §. 1, denarii judiciales, qui Urkund vulgariter nominantur Brünner Schöffenb. 322, 341; wittelschilling Rügianischer Landgebrauch (Kraut §. 97. n. 34); man giebt einen Schilling zu ainer gedechtnus, Urbar v. Pfronten aus d. 15. Jahrh. (Maurer, Marken S. 455); usitatum terre provincie testimonium Urk. a. 1222 bei Lacomblet II. n. 106; pretium testimonii Urk. a. 1268, ebendaselbst II. n. 578; man giebt dem Richter jus suum Urk. bei Kopp, hess. Gerichte I. S. 238 f.; solidus denariorum, voghetschillink Urk. a. 1129 bei Niesert, Münster. Beitr. I. p. 326.

In Bremen findet die Auflassung vor Gericht statt (vgl. S. 187); doch erhalten der Vogt und die Rathmannen ihren vrede wyn Bremer Statt. 1303. ord. 24, 1428. c. 42, 1433 ord. 49. — Ein sester wein für die Schöffen, Weisth. von Niederprüm bei Grimm, Weisth. II. p. 534. — Urk. a. 1158 bei Beyer I. n. 609: sicut etiam in pluribus locis consuetudinis est emencium vel rerum commutationem firmantium, vinum, quod testimoniale dicitur, dimidiam amam omnibus ibidem presentibus sub tilia propinari fecimus. — Aehnlich wird in bäuerlichen Gerichten das Wissebier an die Nachbarn verschenkt, Wasserschleben, Rechtsquellen I. S. 317, 318, 347. — Urk. a. 1282 (Cölner Gesch. Quellen III. n. 214): coram hominibus ibidem ubi dicta bona sunt sita, qui super hoc suos, ut moris est, ad bibendum testimoniales denarios receperunt. Man will einen guten Eindruck bei der Gemeinde hinterlassen, um künftig des Beweises sicher zu sein.

Mit dieser Abgabe bei der Gelegenheit der Auflassung ist nicht zu verwechseln die Gabe an die Zeugen des Vertrages.

tige Erwerb von Seiten des Gerichts konstatirt, sondern zugleich ausgesprochen, daß wer den Besitzer im Besitz stört, den Frieden, den rechtmäßigen Zustand bricht.

§. 11.

Aber an manchen Orten hatte die gerichtliche Auflassung noch eine weitere Bedeutung, indem der Richter selbst die Uebertragung vornahm und dadurch in höherem Maße unter seine Garantie stellte. Hier übertrug nämlich der Veräußerer sein Grundstück zunächst dem Richter und dieser gab dann dasselbe dem Erwerber. Die Sache ging durch die Hand des Richters hindurch und der Erwerber konnte sich später nicht bloß auf die vor Gericht, sondern auch auf die vom Gericht erfolgte Uebertragung berufen.

Ich stelle hier einige Zeugnisse für diesen Gebrauch zusammen, welcher bisher nur in geringem Maße Beachtung gefunden hat:

Urk. zw. 1070—1073 (Cölner Geschichtsquellen I. S. 483): comite Godescalco idem predium de manu ad manum accipiente et omnia juxta legem et mores mediante.

Flandrischer Rechtsgebrauch bei Grimm, Rechtsalterth. S. 113. N.: vetus dominus... cespitem defert, traditque in manum domini seu mejoris. Mejor deinde acceptum cespitem cum sua festuca tradit emtori vel donatorio sub his verbis: ego illum fundum mihi per N. in manus presentes deportatum in manus tuas trado atque immitto te in realem, actualem et corporalem possessionem.

Glosse zum Weichbild bei v. Daniels S. 270: der Vorsprecher des Veräußerers erklärt den Willen ein Haus zu übertragen und bittet den Richter, das ir der gabe craft gebt unde bestetiget sy. So spricht der Richter: gib em

eyn zeichen. So sal Sejus eyn zeichen geben, eyne kogele ader eynen hut..... So gebe der richter Gajo daz zeichen. Daz sal Gajus nemen u. s. w.

Brünner Schöffenbuch 322: vendens enim primo hereditatem in manus judicis assignat, qui eam ulterius emtori resignat.

Münchener Stadtr. art. 267: es ist auch der stat recht, daz er es aufgeben sol vor offem gericht mit gerichts hant, und sol ez der richter antwurtten auz seiner hant dem, der ez gechauft hat.

Soester Stadtr. des 13. Jahrh. §. 33, 34 (Gengler, Stadtr. S. 443): der Erwerber empfängt das Grundstück de manu schultheti vel ab eo, qui auctoritatem habet.

Stadtrecht von Grabow in Mecklenburg v. J. 1589 (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte X. S. 121): der Verkäufer muß „dem Rathsverwandten mit Handtastung das Erbe verlassen und abtreten, welcher es hinwiederumb dem Käufer mit Handtastung übergiebt und eine Antwort mit Repetirung der Handlung thut“ [156]).

Nach den Gebräuchen in Celle (Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum 1843 S. 49) leistet der Verkäufer nach vorangegangenen mündlichen Erklärungen dem Bürgermeister einen Handstreich und übergiebt letzterer dem Erwerber gleichfalls das Gut mittelst eines Handstreichs.

Stadtrecht von Emmerich (Zeitschr. f. Rechtsgesch. X. S. 192): Soe sall die richter den verkoiper an sin hant doen een risken mit wat eerden daer umb gedruckt:

156) Meint v. Gerber, Privatrecht §. 89. N. 5 solche Fälle, wenn er von Auflassung „an den Richter“ spricht, oder ist dies ein sich durch die verschiedenen Ausgaben hindurchziehender Druckfehler für „vor dem Richter“?

daer draghet mi dat maldersaitz (?) erves mede up, ind biddet mi, dat ick dat den koiper vort verreike. Soe sal dat die richter in sin hant behalden, ind vragen enen scepen een ordell, off om dat alsoe gerichtelicken upgedragen is, dat he mit rechte den koeper vort dat verreiken mach? Soe wiset die scepen ja. Soe sal die richter den koeper dat verreiken[157]).

Dieselbe Auffassung zeigt sich auch in einer Urk. v. J. 1502 (Bodmann, Rheingauische Alterthümer S. 647)[158]): der Richter hebt einen Halm auf und reicht ihn dem Veräußerer mit der Weisung, ihn dem Erwerber zu übergeben.

Erbacher Landrecht v. 1552 tit. 9: der Verkäuffer sol seine Werschafft thun, und dem Schultessen ein Zweig reichen. Darnach nimmpt der Schulteß denselben Zweig und spricht zum Käuffer: Begerstu dhenn Zweig und eins solchen Erbs? Würdt geantwurt: Ja.... So spricht der Schulteß: So reich ich Dir diesen Zweig, mit solchem Erb und thue dir dasselbig in Friedt und Bann.

Torgauer Statuten (bei Grimm, Rechtsalterth. S. 131): wer ein haus verkauft, muß es mit dem reise in die gerichte auflassen, der Richter läßt den Kauf und das eingelegte reis ausrufen. Widerspricht nimand, so nimmt er das reis und reicht es dem Käufer: ... so leihe ichs euch von gottes, raths und gerichts wegen und gebiete frieden.

Nach dem Würtemberg. Stadtrecht von Herrenberg (von Wächter, Würt. Privatr. I. S. 303 N. 2) giebt der Ver-

---

157) Dann folgt noch eine symbolische Verzichtserklärung von Seiten des Veräußerers zu Gunsten des Erwerbers.

158) Auch bei Grimm, Rechtsalt. S. 126 und bei Kraut, 3. Ausg. §. 110 n. 16; in der 4ten scheint sie zu fehlen. Vgl. auch die ebendaselbst bei Grimm mitgetheilte Urkunde aus Bodmann S. 658.

äußerer den Gerichtsstab, welchen ihm der Amtmann überreicht hat, dem Käufer in seine Hand und übergiebt ihm damit das verkaufte Gut[159]).

Ganz besonders verständlich und natürlich ist dieser Gebrauch bei der Veräußerung von Lehn- und Bauergütern: da hier der Veräußerer nicht das volle Recht besitzt und die Rechtsgültigkeit der Uebertragung von dem Willen des Herrn, des Eigenthümers abhängt, giebt jener nach vorher getroffener Abrede das Gut dem Herrn auf, worauf dieser es dem neuen Erwerber überträgt. Für das Lehnrecht ist dies Verfahren allgemein bekannt[160]); für das Hofrecht finden sich in den Weisthümern Belege, z. B. in einem Elsasser Weisthum (Grimm, Weisth. IV. S. 204):

dan sol der verkeuffer alle sin gerechttigkeit des gutz dem meiger mit einem strohalmen jn sin handt übergeben und verzihen, noch dem soll dan der meiger dem keuffer alle gerechttigkeit des gutz mit dem übergebnen strohalmen jn sin handt geben[161]).

Diese faktischen Vorgänge dienen gleichfalls zum Beweise dafür, daß durch eine Auflassung das Besitzrecht dem Erwerber in ganz gleicher Weise, wie wenn er es im Prozeß erstritten hätte, von Gerichts wegen zugesprochen wurde. Die

159) Beispiele dafür, daß der Richter das Veräußerungssymbol mitbringt, bei Kraut (4. Ausg.) §. 97. n. 32—34 (auch bei Grimm S. 148); in den beiden letzten Stellen hält der Richter dasselbe während des Akts in der Hand: zuerst greift es der Veräußerer an und läßt es dann fahren, worauf es der Erwerber anfaßt.

160) Vgl. Homeyer, Lehnrecht S. 427.

161) Grimm R. A. S. 133 a. E.: „In der Schweiz galt das Symbol (Stab) auch bei Bauerlehen. Der Ammann nahm einen Stab aus der Hand des alten Besitzers und gab ihn in die des neuen.“ S. 151: „zu St. Gallen nahm der Richter eine schwarze Kappe und hielt sie mit dem Verkäufer fest, der Käufer aber mußte sie ihnen aus der Hand reißen.“

Auflassung hat nicht den Sinn, daß das Recht, welches bisher A besaß, jetzt auf den B übergeht, sondern es erhält durch Ausspruch des Gerichts der B das Recht, das Grundstück als Eigenthümer, Pfandgläubiger u. s. w. zu besitzen; das Gericht überträgt dem B nicht das Recht, welches A hatte, sondern ein bestimmt benanntes Recht. Daraus wird es erklärlich, daß das Besitzrecht des B nicht davon abhängig ist, daß sein Auktor Eigenthum hatte und daher berechtigt war, Eigenthum oder Pfandrecht seinerseits zu übertragen: gleichviel, welche Rechte der Auktor hatte, — auf den Erwerber geht jedenfalls ein formelles Besitzrecht über: er ist nicht bloß Detentor, nicht bloß ein titulirter Besitzer, welcher gar kein Recht hat, wenn sein Auktor kein Recht besaß, sondern er erlangt in der That ein Recht die Sache zu besitzen (eine Gewere). Doch kann in Folge des in einem spätern Prozeß erbrachten Nachweises, daß das Recht des Auktor mangelhaft war, ihm innerhalb bestimmter Frist durch ein späteres Urtheil seine Gewere gebrochen werden: ein solches Urtheil spricht aus, daß ihm kein Besitzrecht von Seiten des Richters hätte übertragen werden sollen, und nimmt ihm wieder sein Recht zu besitzen[162]).

---

162) Die Brünner Schöffen sagen (Brünner Schöffenb. 341): denarii judiciales (die bei der Auflassung gezahlte Gebühr) absolute jus non generant, nisi super jure obtinendo aliqualiter attestentur.

Baumeister, Hamb. Privatr. I. S. 128 verkennt völlig die Bedeutung der Auflassung; er sagt: „der Sinn der bei der Auflassung zu bestellenden Bürgschaft scheint nicht dahin gegangen zu sein, daß der Erwerber, falls ihm binnen Jahr und Tag das Grundstück selbst entwährt wurde, für seinen dadurch erlittenen Schaden den Regreß an den Bürgen nehmen konnte; sondern der Bürge übernahm die Verpflichtung, die etwa erhobenen Ansprüche und Widersprüche aus seinem Vermögen abzufinden, wogegen der auf die Auflassung begründete Erwerb selbst im Resultate nicht wieder umgestoßen werden konnte.“ Dies ist durchaus irrig: die Auflassung kann sehr wohl innerhalb der für die Geltendmachung von entgegenstehenden Ansprüchen bestimmten Zeit umgestoßen

Wird aber innerhalb bestimmter Zeit kein Widerspruch gegen seinen Erwerb erhoben, so verwandelt sich die einfache Gewere in eine rechte Gewere; der Besitzer ist jetzt unbedingt berechtigt die Sache immer als Eigenthümer, Pfandgläubiger u. s. w. zu besitzen.

Während das Römische Recht nach dem Recht des Auktor fragt und Eigenthum oder Pfandrecht nur übergehen läßt, wenn der Veräußerer Eigenthümer war, und ein Nicht-Eigenthümer weder Eigenthum noch überhaupt ein dinglich wirksames Besitzrecht übertragen kann, ist es nach deutschem Recht möglich, daß ein Nichteigenthümer durch die Auflassung freilich nicht Eigenthum oder Pfandrecht, wohl aber eine Gewere zu Eigenthum oder Pfandrecht überträgt, in Folge deren der Erwerber die Sache wie ein Eigenthümer oder Pfandgläubiger besitzen kann. Hat sich durch den Ablauf von Jahr und Tag ohne Widerspruch die Gewere zur rechten Gewere verstärkt, so hat er ein gegen jeden Widerspruch geschütztes Recht zu besitzen und steht materiell dem wirklichen Eigenthümer oder Pfandgläubiger gleich. Denn es ist im Effekt völlig gleich, ob ich sage: Jemand ist nicht Eigenthümer geworden, weil das Recht seines Auktor mangelhaft war, aber es muß ihn Jeder wie einen Eigenthümer behandeln, oder ob ich ihn wirklich Eigenthümer nenne.

Es liegt hierin auch keine Durchbrechung der Regel: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet[163]); denn es geht auf den Erwerber nicht das Besitz-

---

werden und der durch sie verletzte Eigenthümer kann sein Recht gegen den Erwerber selbst geltend machen; und andererseits übernehmen die Bürgen nur dem Erwerber gegenüber die Verpflichtung, dritte Personen mit ihren Ansprüchen abzufinden, resp. ihn seines Schadens wegen zu befriedigen.

163) Auf diese Regel beruft sich in interessanter Weise gelegentlich

recht über, welches der Veräußerer besaß, sondern dasjenige, welches ihm unter Autorität des Gerichts zugesprochen wurde [164]).

§. 12.

Das Recht zu besitzen ging auf den Erwerber mit der Auflassung über und es war zu diesem Zweck in späterer Zeit ebenso wenig wie früher die Uebertragung des faktischen Besitzes erforderlich [165]). Ueberdies war es ja auch von dem Inhalt des der Auflassung zu Grunde liegenden Vertrages abhängig, ob der Erwerber jetzt oder erst später Besitzer werden sollte.

Sollte der neue Eigenthümer sofort Besitzer werden, so konnte er sich selbst in den Besitz setzen; sein Recht zu besitzen, welches er durch die Auflassung erworben hatte, schließt auch die Befugniß ein, sich selbst in den Besitz des Grundstücks zu setzen. Doch blieb auch jetzt noch die Sitte einer feierlichen Einweisung in den faktischen Besitz bestehen; der Erwerb des Besitzers schien durch sie noch mehr befestigt zu werden [166]). Auch kam es oft genug vor, daß zuerst die Einweisung und dann erst die Auflassung stattfand [167]).

Während für das Gebiet des Landrechts es ziemlich un-

---

eine Partei, um die Grundsätze von der rechten Gewere zu ihrem Vortheil auszuschließen; vgl. Wasserschleben, Rechtsquellen I. S. 229.

164) Ich kann diesen Punkt hier nicht weiter ausführen, sondern muß auf die Lehre von der rechten Gewere verweisen.

165) Sächs. Lehnr. 39. §. 3: Of en man enem anderen gut uplet, ... tohant so hevet he die gewere an' me gude. Rechtsb. n. Dist. I. 31. d. 1, 46. d. 5; Gosl. Statt. S. 14. Z. 4 ff., mein Aufsatz über Gewere S. 456 f., v. Brünneck über den Ursprung des jus ad rem 1870. S. 14 ff., S. 18.

166) Urkunden vom J. 1255 u. 1228 (bei Bülowius S. 18, 19): quo nos ... de ipsis bonis adhuc redderet certiores; ad ... firmiorem stabilitatem.

167) Vgl. z. B. Sachsensp. I. 9. §. 5.

bestritten ist, daß die Einweisung ein nützlicher, aber für den Erwerb des Rechts nicht nothwendiger Akt war, besteht in Betreff des Lehnrechts eine Controverse, indem Einige den Erwerb des vasallitischen Rechts am Lehn für abhängig von der Einweisung erklären [168]). Doch dürfte in dieser Beziehung kein Gegensatz zwischen Landrecht und Lehnrecht bestehen.

Wenn auch nach Lehnrecht die Einweisung durchaus gebräuchlich und für den Vasallen wünschenswerth war, um jeder Zeit sich auf einen unbescholtenen Besitzerwerb berufen zu können, so war er doch unzweifelhaft berechtigt, wenn ihm die Einweisung verweigert wurde, sich eigenmächtig in den Besitz zu setzen [169]). Diejenigen Stellen der Rechtsbücher, welche scheinbar das entgegengesetzte bestimmen, beziehen sich, wie v. Meibom, Pfandrecht S. 326 mit Recht ausführt, allein auf den speciellen Fall des unbenannten Gedinge, der Wartung: wenn der Vasall nicht mit einem bestimmten Gut, sondern mit demjenigen beliehen wird, welches dem Herrn zuerst ledig werden wird, konnte durch die Belehnung gar nicht ein dingliches Recht an einem bestimmten Gut entstehen; da dieselbe hier nur eine obligatorische Wirkung hatte, sollte der Vasall die Einweisung nachsuchen, um die Gewere zu erhalten; aber auch hier konnte er sich bei Weigerung des Herrn selbständig in den Besitz setzen [170]).

---

168) Daß hier dasselbe Prinzip, wie für das Landrecht gelte, vertheidigen Albrecht, Gewere S. 284 f., Sandhaas S. 51 f., Rückert S. 139 ff., v. Meibom, Pfandrecht S. 326 f. und v. Brünneck S. 29 ff.; daß es, abgesehen von dem Falle des Erbrechts, der Einweisung zum Erwerbe des Lehnrechts bedürfe, Beseler, Erbverträge I. S. 90, Homeyer, Lehnrecht S. 397, 418, Stobbe, Gewere S. 458; ich habe jetzt meine Ansicht berichtigt.

169) Albrecht S. 284 f., Homeyer S. 397.

170) Vgl. Sächs. Lehnr. 7. §. 5—7. — 10 §. 3 handelt nicht vom Gedinge, wie auch Homeyer, Lehnrecht S. 397 bemerkt; aber auch

So wie in älterer Zeit die Einweisung durch Privatpersonen, durch den Veräußerer u. s. w. vorgenommen werden konnte, so gab es auch jetzt keine bestimmten Formvorschriften. Doch überwog der Gebrauch, den Erwerber durch den Richter oder einen Deputirten des Gerichts, besonders den Fronboten einweisen zu lassen[171]; diese richterliche Einweisung war da insbesondere erforderlich, wo der Veräußerer oder sonstige Besitzer dem Erwerber nicht gutwillig die Gewere räumen wollte[172].

Man bediente sich dabei der alten feierlichen Formen: der Erwerber wird unter entsprechenden Worten vom Richter bei der Hand in das Haus eingewiesen[173], er wird um die

hier ist der Satz, daß der Vasall mit der Einweisung die Gewere erhalte, erklärlich. Denn da Einkünfte den Gegenstand des Lehns bilden, so kann eine Gewere nicht schon nach Feststellung ihres Betrages, sondern erst dann angenommen werden, wenn ihre Individualität, d. h. der Ort bestimmt ist, wo sie erhoben werden sollen.

Im Falle des benannten Gedinges wird es ausdrücklich anerkannt, daß die Gewere von der formellen Einweisung unabhängig sei, Sächs. Lehnrecht 57. §. 1: Liet en herre .... gedinge an enes mannes gude, stirft jene dar na die't in geweren hevet, die gewere des gudes is irstorven uppe dene, deme it gedinge gelegen was.

171) Ueber die richterliche Einweisung handelt sehr genau Sächs. Weichbild art. 20, vgl. ferner Sachsensp. III. 82. §. 2, über welche Stelle Laband, Klagen S. 197 ff., 244. — Urkunden darüber sind nicht selten, z. B. 13. Jahrh. bei Kopp, hessische Gerichte I. S. 238 f., Kraut §. 110 n. 70 (3. Ausg.). — Einweisung durch den Fronboten z. B. Urk. v. J. 1170 bei Kindlinger, Münster. Beiträge III. 1. 22. — Die Frankenberger Statuten v. J. 1493 (bei Grimm, Rechtsalt. S. 188) bemerken, daß durch das Gehen des Richters vom Gerichtsplatz zum Grundstück das Gericht nicht aufgehoben werde.

172) Landrecht v. Burg (in d. Neuen Mitth. des thür. sächs. Vereins XI. S. 169): in solchem Fall sollen Richter und Schöffen treden in den hof unde in dat hus und scholen nemen syne stule unde al syn husrat unde dragen dat up dy strate unde scholen gennen in dat hus unde in den hof weldigen unde genes pluch ud der were nemen unde synen dar in setten. — Vgl. auch Laband S. 240 f.

173) Weichbild 20. §. 2.

Grenzen des betreffenden Guts herumgeführt[174]), drei Mal auf einen dreibeinigen Stuhl gesetzt[175]) u. s. w. Die geschehene Einweisung wurde sodann vor Gericht vom Richter und von den Schöffen bezeugt und oft auch eine Urkunde darüber aufgenommen[176]). Nach einzelnen Rechten erfolgte das Friedewirken nicht, wie es die Regel war, im Gericht, sondern auf dem Grundstück selbst[177]).

Auch jetzt noch erwähnen manche Quellen der triduana sessio[178]), und wir dürfen annehmen, daß es für den Er-

---

174) Urk. v. J. 1282 bei Stenzel, Heinrichau S. 73.

175) Frankenberger Statuten bei Grimm R. A. S. 188.

176) Wenn übrigens hie und da gesagt wird, daß die Besitzübertragung durch die Urkunde erfolgt sei, so ist dies nur ein undeutlicher Ausdruck dafür, daß sich der Erwerber selbst in den Besitz setzen dürfe oder daß der Veräußerer Veranstaltungen treffen wolle, um den Besitzübergang zu vermitteln; z. B. Urk. v. J. 1293 bei Guden I. p. 297: Ipsos quoque Abbatem et Conventum investimus, prout ad nos pertinet et in possessionem ejusdem mittimus corporalem, litteras per presentes. Mandantes vobis, quatenus ipsos in possessionem pacificam ... nostro nomine inducatis.

177) Das Rechtsb. n. Dist. I. 44. d. 1 (Poelm. Dist. IX. 17. 2) bezeichnet das Friedewirken uf der gewer als Kaiserrecht, wie denn in der That das von ihm als Kaiserrecht bezeichnete Goslarer Stadtrecht S. 26. Z. 17 ff. das Friedewirken uppe der were vor gherichte d. h. unter Betheiligung des Richters fordert, wovon noch das Friedewirken vor Gericht, d. h. an dem Gerichtsort (S. 14. Z. 4 ff.) verschieden zu sein scheint.

178) Sachsensp. III. 83. § 1, Gosl. Statt. S. 27. Z. 15 ff. (vgl. Laband S. 241 f.), Rechtsb. n. Dist. I. 38. d. 2, I. 46. d. 5, Magd. Recht v. 1295 § 5, v. 1304 art. 46, Syst. Schöffenr. III. 2. 80, Glogauer Rechtsb. 131, Blume v. Magdeb. II. 2. 210. — Urkunden enthalten sie jetzt seltener, eine v. J. 1136 (Mone, Zeitschr. IX. S. 222) führt Schröder, Zeitschr. f. Rechtsg. IX. S. 411 f. an. — Merkel, Zeitschr. II. S. 159. N. 210 kann in Baiern den Gebrauch nur noch im 11. Jahrhundert nachweisen; er gehört in der spätern Zeit besonders dem sächs. Recht an.

Uebrigens scheint man später den Sinn der 3tägigen sessio nicht

werber jedenfalls von Werth war, wenn er sich später darauf berufen konnte, daß er unmittelbar nach seinem Eintritt in den Besitz drei Tage hindurch ungestört auf dem Grundstück gesessen habe. Unter den vielen verschiedenen Ansichten darüber, worin jener Vortheil bestanden habe[179]), verdient die von Laband S. 241 ff. den Vorzug, daß in der Zeit von drei Tagen alle diejenigen Einreden verjährt seien, welche der bisherige Besitzer gegen die erfolgte Einweisung erheben könnte. Das Recht ist auf den Erwerber sofort mit der Auflassung übergegangen; die Einweisung verschafft ihm den Besitz; der dreitägige unangefochtene Besitz beweist, daß der Besitzübergang ohne Widerspruch des bisherigen Besitzers erfolgt sei.

---

mehr verstanden zu haben. Denn das Rechtsb. n. Dist. I. 46. d. 5 (übereinstimmend Purgoldt II. 74) bemerkt, daß nach Landrecht und Weichbild, im Gegensatz gegen das Kaiserweichbild, die Gewere dem Veräußerer sogleich mit der Auflassung verloren geht, — ein Satz, welcher auch da, wo die triduana sessio beobachtet wurde, gleichfalls seine Geltung hatte.

Bemerkenswerth ist auch, daß während der Sachsenspiegel den 3tägigen Besitz nur bei der Auflassung kennt, eine Urk. v. J. 1030 (Kraut § 107 n. 8) ihn auch bei der Besitznahme von herrenlosem Walde hervorhebt: trium dierum in eodem loco, quod hereditario jure hereditatem retinere mos est, sessione .... vendicavit.

179) Ich gebe das unbefriedigende meiner früheren Ansicht (Gewere S. 457) gegenüber der Bemerkung von v. Bar (Beweisurtheil S. 178) zu. Sohm, altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung I. S. 365. N. 22 bringt die triduana sessio mit der dreitägigen Dauer der ältern ungebotenen Dinge in Zusammenhang; der Termin, an welchem Widerspruch erhoben werden konnte, sei erst mit dem Schluß des ungebotenen Dinges (mit dem Ablauf der drei Tage) beendet. Ich halte diese Erklärung für bedenklich, da es an einer Vorschrift fehlte, daß alle Auflassungen am ersten Tage des echten Dinges vorzunehmen seien; bei Annahme jener Erklärung würden für Auflassungen, welche am zweiten oder dritten Tage erfolgten, nicht mehr jene 3 Tage für den Widerspruch existirt haben. Außerdem aber kam ja der Erwerber durch die traditio im ungebotenen Gericht noch nicht in den Besitz.

Das Recht an dem veräußerten Grundstück ist bereits durch die Auflassung erworben; daher geht auch da, wo das reine Auflassungsprinzip besteht, die Gefahr (die wage[180])) auf den Erwerber weder mit dem Abschluß des Vertrages, noch mit dem Besitz, sondern mit der Auflassung über[181]).

§. 13.

Eine wichtige Veränderung in den Grundsätzen über den Erwerb dinglicher Rechte wurde durch die Bedeutung herbeigeführt, welche man allmählich der schriftlichen Beurkundung über derartige Rechtsgeschäfte gab. Der bloße Umstand, daß die Handlung vor Gericht erfolgt war, gab keine Sicherheit in Betreff des künftigen Beweises; denn: dy scheppin sint nicht pflichtig, ymandis sache zcu gedencken, is en sy denne, das ymand syne sache beschriben lasse in gerichte unde den scheppin recht dovon gebe. Der geschrebenen sachen sint dy scheppen pflichtig zcu gedencken unde sullen das bekennen in gerichte, wen man is von yn begert unde heyschet[182]).

Schon längst war es Gebrauch gewesen, die Auflassung und die unmittelbar oder später nachfolgende Besitzeinweisung durch Urkunden zu bezeugen. Aber abgesehen von solchen Ge=

---

180) Wasserschleben, Rechtsquellen I. S. 169.

181) Vgl. Stobbe, zur Gesch. des Vertragsrechts S. 280 ff.; so insbesondere beim Abbrennen eines Hauses: Prager Stadtr. n. 70 a. 1338 (abweichend das a. a. O. S. 282. N. angeführte Prager Urtheil), Dresdener Schöffenurtheil bei Wasserschleben I. S. 169 (der Käufer befand sich im Besitz, hatte aber die Auflassung nicht erhalten, weil die Erben des Veräußerers Widerspruch erhoben), Magdeb. Fragen I. 6. d. 6, Magd. Urtheil bei Bischoff (im Oestr. Archiv XXXVIII) S. 13. n. 262 (hier befand sich freilich der Verkäufer in mora), Magd. Urtheil bei Wasserschleben S. 439—441 (der Käufer befand sich im Besitz; der Verkäufer war immer zur Auflassung bereit gewesen); Purgoldt III. 41.

182) Magdeb. Fr. I. 3. d. 14; vgl. auch d. 18.

richtsbriefen, Stadtbriefen[183]), welche sich die Parteien ausstellen ließen und der Erwerber, möglicherweise auch der Veräußerer erhielt, nahm man in vielen Städten auch von Amts wegen Protokolle über die vor Gericht oder vor dem Rath erfolgten Auflassungen auf[184]). Zuerst bediente man sich dabei der Stadtbücher, in welchen Verhandlungen sehr verschiedener Natur eingetragen wurden, später legte man besondere, auf die Verhältnisse der Grundstücke bezügliche Bücher an und trennte wohl auch die Bücher über die Auflassungen von denen, in welchen Renten eingetragen wurden. Ein weiterer Fortschritt war es, daß man nicht alle Auflassungen in demselben Grundbuch eintrug, sondern für die verschiedenen Stadtviertel besondere Bücher führte. Auch erhielten an einigen Orten bereits im Mittelalter die einzelnen Häuser eigene Stellen im Grundbuch angewiesen und wurden hier die sich auf sie beziehenden Rechtsgeschäfte hinter einander eingetragen[185]).

Dies im Detail auszuführen würde zu weit führen; ich verweise im allgemeinen auf die vortreffliche Darstellung in Homeyer's Stadtbüchern[186]). Hier ist nur einzelnes hervorzuheben.

---

183) Homeyer, Stadtbücher S. 45.

184) Für die Eintragungen waren ebenso wie für das Friedewirken Gebühren an die Behörde, besonders an den Schreiber zu zahlen. In Cöln beschwert sich im J. 1258 der Erzbischof über die zu hohen Gebühren (Lacomblet II. n. 452. S. 246, 251); ähnliche Beschwerde in Magdeburg im J. 1293, 1295 (Chroniken VII. S. 173 ff., 177). — Vgl. über die Höhe der Gebühren Homeyer, Stadtbücher S. 42 f., Behrend, Stendaler Urtheilsb. II. 1 u. S. 4, 5, ferner Prager Stadtr. n. 121.

185) An einzelnen Orten verzeichnete man auch die erbrechtlichen Uebergänge; vgl. z. B. in den Cölner Geschichtsquellen Band 3; über Lübeck vgl. Pauli, Abhandl. I. S. 101 f.

186) Vgl. auch die kürzere Darstellung in meinem Handbuch des deutschen Privatrechts I. S. 458 ff.

Die Bestimmungen über die Zeit der Eintragung oder sonstigen gerichtlichen Beurkundung waren mannigfaltig: meistens erfolgte dieselbe sofort nach der Auflassung[187]), bisweilen war auch bestimmt, daß wenn sie nicht in kurzer Frist nachfolgte, die ganze Verhandlung nichtig sei[188]). Wo die Eintragung sich an die Auflassung anschloß, konnte sie noch Jahr und Tag hindurch angefochten werden; erst nach dieser Zeit geht kein Zeugniß mehr darüber[189]).

An einzelnen Orten erhält aber der Erwerber seinen Stadtbrief erst Jahr und Tag nach der Auflassung, obgleich er durch dieselbe bereits Eigenthümer geworden ist[190]).

---

187) Z. B. Hamburg. Statt. 1270. I. 6. — Nach dem Verdener Recht von 1330. § 9 (Gengler, Stadtrechte S. 509) wird dem Erwerber sofort der Stadtbrief übergeben.

188) So z. B. Brünner Schöffenbuch c. 427, wonach aus den protokollarischen tabulae judiciariae der Stadtschreiber die Eintragung in das Stadtbuch ante proximum futurum peremtorium judicium .... de scitu juratorum vornehmen soll. — Das Bremer Recht v. 1433. Ord. 53 bestimmt, daß die Parteien nach der Auflassung vor den Rath kommen und die Eintragung vornehmen lassen sollen in deme jare und dage, alse dat ghelaten is. Heißt dies, daß die Eintragung binnen Jaht und Tag geschehen soll? Oder nur, daß bei der Eintragung auch zugleich das Datum der Auflassung zu vermerken ist?

189) Hamb. Statt. 1270. VII. 2, Stade 1279. VII. 1, Lüb. R. (Hach III) 327. Doch hat dieser Satz nur relative Richtigkeit, nämlich gegenüber den zur Zeit der Eintragung anwesenden Personen, während Abwesende auch noch späteren Widerspruch erheben dürfen.

190) Prager Statt. 107 (Rößler S. 66): Und auch nymand sol man cheinen statbrief geben, es sey ubir haus oder zins, es sey denne jar und tag vorgangen; Eigenthümer ist er schon seit der Auflassung, vgl. daselbst c. 70. — Daß die Eintragung in das Gerichtsbuch auch erst Jahr u. Tag nach der Auflassung erfolgt sei, wie Rößler S. LXI. und nach ihm Homeyer S. 30, 47 sagt, ergiebt sich wenigstens nicht aus den mitgetheilten Quellen.

In Augsburg wird dem Erwerber ein Stadtbrief erst nach Jahr und Tag ausgestellt, nachdem er den Nachbarn das Rechtsgeschäft angezeigt hat, Augsb. Statt. S. 252; ist der Widerspruch abwesender

Die Eintragung im Stadtbuch, resp. ein gerichtlicher Brief über die Auflassung gewährt den vollen Beweis für die rechtliche Uebertragung und, wo die Beurkundung erst Jahr und Tag nach der Auflassung erfolgt ist, zugleich für die rechte Gewere. Was im Stadtbuch eingetragen ist, hält man für recht [191]); wer sich auf dasselbe berufen kann, geht allen denen vor, welche sich für ihr Recht auf Verjährung oder Urkunden stützen; Hamburger Recht v. 1497. G. 3:

> Wat averst vor deme rade vorlaten unde in der stad book geschreven steyt, dat gheyt vor alle segele unde breve, edder rowelyke langhe besyttynge, der me ghenetet na segelen unde breven, de er ankumpst unde recht vormelden unde medebryngen [192]).

Er kann sein Recht nicht ohne neue Eintragung verlieren. Wenn also Jemand anders, als der eingetragene Eigenthümer einem dritten das Grundstück veräußert, ohne daß eine neue Eintragung erfolgt, so verliert der eingetragene sein Recht nicht, selbst wenn er Jahr und Tag keine Einsprache erhebt.

Erben zu befürchten, so wird der Stadtbrief erst nach 10 Jahren und einem Tage ausgefertigt S. 251. —

Damit ist zu vergleichen das Weisthum v. Nieberprüm (Grimm W. II. S. 533 f.); der Bauer veräußert sein Grundstück im Hofgericht „mit mund und halm"; aber erst, wenn binnen Jahr und Tag kein Verwandter die Beschüttung gethan, d. h. den Retrakt ausgeübt hat, wird „der Kauff beschlossen und bestetiget" und ist die Weinabgabe an die Schöffen zu entrichten. Die gerichtliche Bestätigung findet also erst Jahr u. Tag nach der Auflassung statt.

191) Wasserschleben I. S. 92. c. 106. — Altes Dortmunder Recht (Kraut § 97, n. 50): libro insignita, temporibus se offerentibus, in hujusmodi casibus pro judicato teneantur. — Priv. f. Schweidnitz v. J. 1321 (Tzschoppe u. Stenzel n. 124): statuentes .... eundem librum ... plenam firmitatem et robur habere nullique penitus ipsum liceat infringere.

192) Lübisches Urtheil bei Michelsen, Oberhof S. 191. n. 105.

Doch besteht noch längere Zeit ein Schwanken darüber, ob das Recht durch die Auflassung oder durch die derselben nachfolgende Eintragung übergeht, ob die Eintragung bloß den Uebergang des Rechts beweist oder dasjenige Moment ist, welches ihn vermittelt. Und insbesondere sprechen sich viele Quellen nicht genügend klar darüber aus, ob die Zeit von Jahr und Tag, nach welcher die rechte Gewere entsteht, von der Auflassung oder von der obrigkeitlichen Eintragung an ihren Lauf beginnt[193]).

Jedenfalls bildete sich in Lübeck das Prinzip aus, daß erst durch Auflassung und Eintragung das Recht erworben werde; wer ein Grundstück aufgelassen hat, erscheint, auch wenn er den Kaufpreis erhalten hat, doch noch so lange als Grundeigenthümer, als er im Stadtbuch eingetragen ist[194]), und umgekehrt, wer das Grundstück erworben hat, gilt vor der Eintragung nicht als angesessener Mann[195]).

Wo nun eine solche Rechtsauffassung bestand und durch eine geordnete Bucheinrichtung unterstützt wurde, war es Pflicht des Richters, in einer Voruntersuchung die Legitimation des Veräußerers zu prüfen, besonders indem er vor einer neuen Eintragung in dem Buch nachforschte, ob an dem Grundstück

---

193) Während nach vielen Quellen der Anfang jenes Zeitraums durch den Moment der Auflassung bestimmt wird, z. B. Brünner Stadtr 327, Iglauer Recht (Tomaschek, Oberhof S. 67) n. 49; scheint nach dem Bremer Stadtr. v. 1433. Ord. 53 (auch bei Kraut § 98. n. 2) das Datum der Eintragung zu entscheiden.

194) Lübisches Recht bei Hach S. 513. N. 9: Weret dat ein man sin erve vorkoft hedde und hedde dat geld upgeboret, und idt vorlaten vor dem Rade, allikewol mach he ein tuch wesen in dem rechte offte vor dem rade, also verne em noch sin erve in der schrift stunde in der stadt boke, wowol dat idt vorkoft were, und dat geld upgeboret und vorlaten were.

195) Lübisches Urtheil v. J. 1488 bei Michelsen n. 198.

Jemanden bereits ein Recht, besonders ein Pfandrecht zustehe[196]).

An einigen Orten endlich wurde die Eintragung davon abhängig gemacht, daß der Kaufpreis berichtigt war[197]).

§. 14.

Wir fassen die Resultate der Untersuchung kurz zusammen:

1) Der auf die Veräußerung gerichtete bloße Vertrag bewirkt kein dingliches Recht. Der Käufer eines Grundstücks, welches ihm nicht aufgelassen, resp. in dessen Besitz er nicht eingewiesen ist, wird nicht Eigenthümer. Auch der Kaiser ist nicht im Stande durch seinen feierlich ausgesprochenen Willen ohne die symbolische Uebertragung, wie sie in der Auflassung enthalten ist, resp. ohne Besitzeinweisung, ein dingliches Recht an der Sache zu übertragen[198]).

Nur scheinbar widerspricht dieser Auffassung der Satz, daß wenn Jemand dasselbe Grundstück zwei Mal hinter einander verkauft, der erste Käufer es von dem zweiten herausverlangen darf, wenn dieser vom Verkäufer eingewiesen ist, aber noch keine rechte Gewere erworben hat[199]). Die Veräußerung an den zweiten Käufer unterliegt hier denselben Chancen des Widerrufs, wie eine Veräußerung ohne Zuziehung der nächsten Erben; der erste Käufer, welcher durch die spätere

---

196) Münchener Stadtr. (Auer) Art. 31: Swenn man ain aigen in daz buoch schreiben sol, so sol man in dem buoch suochen, ob daz aigen iemant ste, und stünd daz aigen iemant vor, der sol vorvarn; vgl. auch Art. 270.

197) Hamb. Stadtr. I. 6, Tomaschek, Iglauer Oberhof S. 66. §. 45 und zahlreiche Mecklenb. Stadtrechte, welche bei der folgenden Periode erwähnt werden sollen.

198) Vgl. die oben S. 189 N. 146 angeführte Urkunde v. J. 1167.

199) Die Quellen sprechen sich über diese Frage nicht häufig aus;

Veräußerung in seinem Recht gekränkt ist, steht dem übergangenen Erben gleich: er hat kein dingliches Recht und fordert nicht sein Eigenthum zurück, sondern hat in Folge des objektiven Rechts eine Klage auf Herausgabe des Guts, welche sich hier auf den früheren Vertrag, wie dort auf das zukünftige Erbrecht gründet. Ebenso wie er gegen den besitzenden Verkäufer klagen könnte, klagt er gegen den dritten Besitzer auf Grund des Kaufvertrages, welcher ihm ein dinglich wirksames Recht ertheilt.

Nachdem aber das Grundbuchsystem eine festere Ausbildung gewonnen hatte, konnte eine Eintragung in das Stadtbuch nicht mehr auf Grund eines ältern obligatorischen Anspruchs angefochten werden [200]).

2) Wo die Auflassung kein Erforderniß des Erwerbs dinglicher Rechte ist, geht das Eigenthum über, wenn der Erwerber auf Grund des Rechtsgeschäfts in den Besitz der Sache gekommen ist. Gegen Ansprüche dritter Personen wird er durch den Veräußerer als seinen Gewährsmann geschützt; befindet er sich mit Wissen dessen, welcher ein entgegenstehendes Recht

doch wird unsere obige Ansicht auch vertheidigt von Baumeister Hamb. Privatr. I. S. 109 N. 10, S. 127 und von Laband S. 267 ff., 272, und ist wohl nach denjenigen Quellen gerechtfertigt, welche im Falle einer mehrfachen Veräußerung den ersten Käufer vorgehen lassen, wie Hamb. Statt. 1270. I. 7, 1292. c. 3; hier wird dieser Satz ausdrücklich für Mobilien und Immobilien ausgesprochen. Ebenso wird auch für das Lehnrecht bestimmt (Richtst. Lehnr. 29 §. 1 u. §. 7), daß der später Beliehene, selbst wenn er den Besitz erworben hat, nur dann den Vorzug besitzt, wenn er die rechte Gewere erlangt hat; wogegen nach Schwäb. Lehnrecht 157 derjenige vorgeht, welchem der Herr zuerst das Gut durch Einweisung übertragen hat, selbst wenn seine Beleihung die spätere war.

200) Hamb. Statt. v. 1497. G. 3. — Die Langenbeckische Glosse hiezu hat das romanistische Prinzip, daß der zweite Käufer, wenn er zuerst in den Besitz gekommen ist, vorgehen soll.

Mit dieser veränderten Auffassung der gerichtlichen Mitwirkung hängt es zusammen, daß die Gesetze diese Materie regelmäßig nicht in einem besondern Abschnitt, von dem Erwerbe des Eigenthums, sondern in Verbindung mit den Vorschriften über den Kauf normiren und daß demgemäß die Praxis die Grundsätze über die Insinuation vielfach nur für den Kauf, nicht aber für Schenkungen, Tausch u. s. w. zur Anwendung brachte [226]).

Es waren sehr verschiedene Motive, aus welchen man die Zuziehung der Obrigkeit verlangte. Abgesehen davon, daß diejenigen, welche ein Interesse gegen die Veräußerung haben konnten, besonders die Retraktberechtigten, Gelegenheit zur Einsprache erhalten sollten, wirkten allgemeine landespolizeiliche oder fiskalische Gründe mit. Der Richter sollte die Ernstlichkeit und Freiheit des Willens der Contrahenten prüfen [227]), und untersuchen, ob nicht der Vertrag zum Nachtheil einer Partei ausschlage. Die Wormser Reformation [228]) ergeht sich ausführlich darüber, daß Wittwen, Waisen und unverständige Leute in Folge schlechter Vermögensverwaltung oft zum Verkauf ihrer Grundstücke schreiten und durch die Möglichkeit heimlicher Kaufverträge darin unterstützt würden; es würden oft unziemliche Verträge „wider Recht und gute Sitten" geschlossen. Anderwärts ist es die Sorge für die Richtigkeit der Kataster und die ordnungsmäßige Abführung der Steuern [229]); man will die Verdunkelung der Eigenthums- und Grenzverhältnisse

226) Vgl. in Betreff von Köln und Trier Maurenbrecher, die Rheinpreuß. Landrechte I. S. 441, II. S. 162.

227) Z. B. Frankenhausener Statuten v. 1558. II. art. 15 (Walch I. S. 264 f.), es sollen die Contrakte nicht etwa in trunkenem Muth abgeschlossen werden.

228) Wormser Reformation V. 1. 1.

229) Z. B. Kurbraunschweig. VO. v. 1712 auch bei Kraut § 98 n. 11.

Von einem gemeinen Recht kann man kaum sprechen, weil die meisten Partikularrechte eigene Bestimmungen über den Erwerb des dinglichen Rechts enthalten. Will man aber doch in theoretischem Interesse die Frage aufwerfen, was als gemeines Recht anzusehen sei, so darf man dafür nur den Erwerb durch Tradition auf Grund eines Rechtsgeschäfts ausgeben: denn in Folge der Reception der fremden Rechte in complexu tritt dies Prinzip da ein, wo es an partikulären Vorschriften fehlt. Auch darf man nicht mit Beseler (Privatr. §. 90. S. 335) sagen, daß in Folge der Aufnahme des Römischen Rechts und der dadurch bewirkten Veränderung des Gerichtswesens das ganze Institut von Grund aus umgestaltet sei und die Romanisten die Auflassung nicht aufrecht erhalten hätten.

Vielmehr zeigen zahlreiche Land- und Stadtrechte des 15. bis 17. Jahrhunderts, welche doch unter lebhafter Betheiligung der Romanisten ausgearbeitet sind, daß dieselben nicht auf Beseitigung der Auflassung hinarbeiteten, sondern sie ihrem Wesen nach erkannten und durch die Gesetzgebung fixirten. Es sind nicht erst Juristen des 17. Jahrhunderts, „welche die Bedeutung der Auflassung erkannten und in einem beschränkten Kreise des partikularen Rechts ihre Geltung zu bewahren wußten." Freilich das ist richtig, erklärt sich aber aus dem ganzen Wesen des deutschen Rechts und seiner wissenschaftlichen Behandlung bis in die Gegenwart hinein, daß die Auflassung in der gemeinrechtlichen Theorie entweder ganz ignorirt oder durch römische Analogien verunstaltet wurde. Aber die Gesetzgebung hat wenigstens in vielen ihrer Produkte auch in der Periode der Reception den Gedanken festgehalten oder weiter entwickelt und ausgedehnt, daß die Tradition nicht hinreiche, sondern es der Mitwirkung der Gerichte oder sonstiger Behörden bedürfe.

Doch fehlte es darüber oft an Klarheit, ob das Gericht

den Veräußerungsvertrag zu bestätigen und bestärken, oder ob es mitzuwirken habe zum Uebergange des dinglichen Rechts; man schrieb oft die obrigkeitliche Theilnahme vor, ohne ihren Zweck bestimmt anzugeben oder die Folgen zu entwickeln, welche sich aus der Unterlassung der Formvorschriften ergeben würden. So weit sich die Gesetzgebungen in dieser Hinsicht überhaupt detailirter aussprechen, begegnen wir den mannigfaltigsten Schattirungen, welche wir im folgenden von einander zu sondern haben.

Auch jetzt noch hielt man an einzelnen Orten an den alten symbolischen Formen fest, welche man anderwärts (wie oben S. 189 angegeben ist,) bereits in früherer Zeit aufgegeben oder für überflüssig erklärt hatte: die Auflassung mit Hand und Halm oder mit Hand und Mund bleibt noch in Kraft[203]).

---

203) Die vom Römischen Recht so außerordentlich stark beeinflußte Wormser Reformation V. 1. 1. fol. 96b (ich benütze hier und im folgenden die Ausgabe Worms 1561 fol.) fordert die Auflassung „mit handt und halme". — Lüneb. Nieder-Ger. O. (Pufendorf III. p. 364) und Lüneb. Reform. II. tit. 3 (Pufendorf IV. p. 659): mit Hand und Mund; jedoch wird das Symbol in seiner ursprünglichen Natur abgeschwächt, indem zur Erläuterung hinzugefügt wird, daß der Veräußerer dem Erwerber die Hand geben soll. — Mit Hand und Mund, Stadtr. von Friedland in Mecklenburg (Zeitschr. f. R. G. X. S. 115). — Mit Handtastung, Stadtr. von Grabow (a. a. O. S. 120 f.). — Mit Handgebung und Glückwünschung Lauenb. Stadtr. und Ratzeburger Stadtrecht (Pufendorf III. p. 328, IV. p. 232). — Es soll die „Erbung, Enterbung, Verzüg und Außgang" vor Gericht erfolgen, Jül.-Bergisches R. v. 1564 c. 97 (Maurenbrecher, Rheinpreuß. Landrechte I. S. 271). — Alle diese Formalitäten werden abgeschafft im Trierer Landrecht v. 1713. XVIII. §. 2. — Für Hessen wird das Symbol des Spanabhauens oder Rasenausstechens durch die Verordnung von 1745 für ganz unwirksam erklärt, Pfeifer, Prakt. Ausführungen I. S. 156. — Jak. Grimm, R.-A. S. 126 sagt, daß das Symbol des Halms im 17. Jahrh. erlösche; v. Stemann, schlesw. R.-G. II. S. 255 führt derartige Formalitäten aus dem 17. Jahrhundert an. — Das Symbol des Huts noch in neuerer Zeit in

Ebenso bietet an manchen Orten der Richter das Grundstück in dem Gericht dreimal laut auf, fordert zum Widerspruch auf und wirkt, wenn derselbe ausbleibt, dem Erwerber Frieden; wer nicht zugegen sei, solle seine Ansprüche binnen Jahr und Tag geltend machen [204]). Es erinnert ebenso wie früher manches von den Formalitäten an die Gebräuche des Exekutionsverfahrens [205]).

Ferner besteht partikularrechtlich, ebenso wie früher, der Gebrauch, daß der Veräußerer das Gut dem Richter überträgt und dieser es dann dem Erwerber aufläßt: nichts weiter als diese Modalität ist die sog. **investitura allodialis** des kursächsischen Rechts. Es sagt darüber die Decisio electoralis 61 v. J. 1661, daß nachdem der Veräußerer sein Gut gerichtlich (d. h. dem Richter) aufgelassen habe, „darauf solch Guth Käufern vom Lehen-Herrn (d. h. dem Gerichtsherrn) zugeschrieben und der damit hinwiederum belehnet werde, dann ehe er die Güther in Lehen und Würden hat, Er vor keinen Eigenthums-Herrn zu achten" [206]).

---

der Altstadt Hannover, Leonhardt, Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum 1843. S. 41.

204) Vgl. z. B. in der Lüneb. Nieder-Ger.-O. (Pufendorf III. p. 363) die genaue Beschreibung des Verfahrens; Lüneb. Reform. (Puf. IV. p. 659).

205) Vgl. z. B. das Executionsverfahren der Lüneb. Nied.-Ger.-O. (Pufend. I. S. 361 ff.), wonach des bisherigen Hausbesitzers Stuhl auf die Straße und der des Klägers in das Haus gesetzt wird; letzterem wird das Haus mit dem Thürringe überliefert und Frieden gewirkt.

206) Das kursächs. Mandat v. J. 1746. §. 4 sagt auch, daß das Eigenthum an Immobilien durch „die gerichtliche Belehnung erlanget wird." — Hesse, Sachs. Altenburg. Privatr. §. 228 beschreibt das Verfahren dahin, daß zuerst die Lehnsauflassung von Seiten des Veräußerers stattfindet, d. h. daß er sich von dem Eigenthum der Sache lossagt, und dann der Richter dem Erwerber das Gut in Lehn und Würden reicht. — Ueber Sachsen-Weimar vgl. Sachse, Handbuch §. 284, über andere sächs. Partikularrechte Heimbach, Lehrbuch §. 187.

Ich glaube nicht[207]), daß zur Gestaltung dieser sächsischen sog. Lehnsreichung die lehnrechtlichen Gebräuche die Veranlassung gegeben haben, sondern daß man gemäß der ältern partikularrechtlichen Auffassung in der gerichtlichen Auflassung weniger einen vor Gericht vollzogenen Uebergang des Rechts von Seiten des Veräußerers auf den Erwerber sah, als vielmehr eine Uebertragung des Rechts nicht bloß unter Autorität, sondern auch von Seiten des Gerichts[208]).

Die Behörde, welche den Eigenthumsübergang vermittelte, ist auf dem Lande das Gericht, in den Städten bald das Gericht[209]), bald der Rath[210]). An manchen Orten findet ähnlich wie in alter Zeit eine Concurrenz der beiden städtischen Behörden statt, sei es elektiv[211]), wo denn ein irgendwie geordnetes Buchwesen unmöglich ist, sei es kumulativ[212]). Auch

207) Wie man gewöhnlich annimmt, vgl. z. B. Schmidt, Vorlesungen über sächs. Privatrecht I. S. 209, v. Gerber, Privatr. §. 89. N. 16.

208) Im Königreich Sachsen fiel die investitura allod. fort seit dem Gesetz vom 6. Nov. 1843, die Grund- u. Hypothekenbücher betreffend, welches an ihre Stelle die Eintragung in die Grundbücher setzte; in Altenburg wurden diese Formen aufgehoben durch Gesetz vom 11. April 1849; über die Aufhebung in andern sächsischen Ländern und die Ersetzung durch die Eintragung vgl. Heimbach §. 187. N. 6.

209) Z. B. Gericht zu rechter Dingzeit, Braunschw. Stadtr. (Pufendorf IV. p. 129), vor gehegtem Gericht in den Meckleub. Städten Friedland und Neu-Brandenburg.

210) Z. B. Lauenburger u. Ratzeburger Stadtr. (Pufend. III. p. 328; IV. p. 232); Hamb. Statt. v. 1603. I. 30. §. 3, II. 1. 6, II. 4. 4, II. 8. 6, Revid. Lüb. R. III. 6. 1, 2: vor dem Rath in offner Audienz; in den meisten Mecklenburgischen Städten, Ribnitz, Sternberg, Waren, Parchim, Brüel, Güstrow, Plau, vgl. Zeitschr. f. R.-G. X. S. 115 ff. — In Hamburg (Statt. I. 1. 13) wurden besondere Verlaßtage angeordnet, 7 Freitage, als „gewisse Rechtstage wegen Verlassung der Erbe und Eigenthumbs".

211) Wie in Worms, Reform. fol. 95b: vor dem Rath oder dem Stadtgericht.

212) Wie z. B. in Lüneburg (Nieder-Ger.-O. bei Pufend. III.

a) Nach einigen Rechten macht die Insinuation nur den Vertrag bindend, ohne Einfluß auf den Uebergang des dinglichen Rechts zu äußern. Vielmehr bedarf es zu dieser Wirkung sei es der gemeinrechtlichen Tradition, sei es der Auflassung oder der Eintragung des Erwerbers in die Grundbücher[240]).

b) In andern Rechten ist die Insinuation zugleich an die Stelle der Auflassung getreten: weil die Parteien vor dem Richter den Abschluß eines Rechtsgeschäfts verlautbart haben, wonach der Eine verpflichtet ist das Eigenthum dem Andern zu übertragen, so sei zugleich ihr Wille anzunehmen, daß in Folge der richterlichen Bestätigung des Geschäfts das Eigenthum übergehen solle. Da sie den Eigenthumsübergang beabsichtigten, erfolge derselbe, wenn der Richter das Geschäft confirmire oder protokollire[241]).

Wenn die absolut geforderte Insinuation unterbleibt, begründet die Besitzübertragung und die Ausführung des Ver-

Lieferung über. — Auch muß dies da angenommen werden, wo für die Gültigkeit des Vertrages elektiv die Aufnahme einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde gefordert wird und die Errichtung der gerichtlichen Urkunde gar nicht an das forum rei sitae gebunden ist.

240) Daher sind auch die scharfsinnigen und sorgfältigen Untersuchungen Leonhardt's nicht ohne weiteres für andere Partikularrechte zu verwerthen; sie beschränken sich auf die speciellen hannöver'schen Constitutionen und analysiren deren Inhalt auf Grundlage ihrer Motivirung.

241) Diese Auffassung beweist für Hessen Pfeiffer, Ausführungen I. S. 155 ff.; Kurheſſ. VO. v. 17. Juni 1828 (Kraut §. 98 n. 10); für Hannover vgl. Leonhardt S. 110 ff. (doch sei hier die Insinuation nur eine Bedingung für den Eigenthumsübergang und werde daneben noch die Tradition erfordert S. 158 ff.); für das Wildenburg'sche Landrecht nimmt dies Maurenbrecher, Rheinpreuß. Landr. II. S. 385 an. — So geht auch nach dem Preuß. Gesetz für den Justiz-Senat zu Ehrenbreitstein v. 2. Febr. 1864 §. 2 das Eigenthum über zu Folge der Aufnahme der Urkunde vor dem judex rei sitae oder, nachdem die Aufnahme der Urkunde vor einem andern Richter oder Notar erfolgt ist, in Folge der Anmeldung dieses Akts vor dem judex rei sitae.

trages nur einen faktischen Zustand, welcher sowohl von den Parteien selbst als auch von dritten als nichtig angefochten werden kann [242]). Gilt hier der Vertrag auch ohne Insinuation als bindend, so kann der Käufer, welchem sein Verkäufer die gerichtliche Verlautbarung verweigert, ihn zu ihr und damit zugleich zur Uebertragung des Eigenthums durch die Contraktsklage nöthigen [243]).

c) Wo die Insinuation nur bei Strafe vorgeschrieben ist und der Vertrag auch ohne sie bestehen bleibt, bewirkt natürlich dieselbe nicht den Uebergang des Eigenthums, sondern bedarf es dazu noch der Tradition oder Auflassung; aber andererseits bewirken diese Akte auch bei unterlassener Insinuation, daß das Recht auf den neuen Erwerber übergeht [244]).

Auch da, wo das Hauptgewicht auf die Insinuation des

---

242) Pfälz. Landr. I. 7. §. 1; dies ist auch der Standpunkt des Kurhess. Rechts vgl. Pfeiffer, Ausf. I. S. 154 ff., 160 ff.

243) Churtrierer Landr. v. 1668. XVIII. §. 3, 4; nach dem Landrecht von 1713 XVIII. §. 3 geht post factam traditionem ratione dominii das Eigenthum über, aber es kann nach einem Monat jeder Kontrahent überdies die Insinuation forbern; erst nach derselben ist der Retrakt zulässig; es kann daher auch ein Retraktberechtigter den Käufer gerichtlich nöthigen, sich als Eigenthümer eintragen zu lassen, Landr. v. 1713 XX. §. 3.

244) Vgl. über Schleswig-Holstein Frieblieb in Jhering's Jahrbb. III. S. 330. N. 16; dagegen sagt mit Rücksicht auf eine Verordnung vom J. 1787 über Bauergüter v. Stemann (Schlesw. Rechtsgesch. II. S. 388), daß das Eigenthum durch die Insinuation übertragen werde.

Nach dem Solmser Landr. II. 11. §. 4 sollen die Contrakte mit allen ihren Bestimmungen eingetragen werden, „umb gleiches Behalts, auch mehrer Bestendigkeit willen"; aber der Vertrag ist an sich bindend und wird noch durch den Weinkauf bekräftigt (§. 3).

Bloße Strafe tritt bei unterlassener Insinuation ein nach Braunschw. Recht (Steinacker, Braunschw. Priv.-R. §. 97. N. 1), dem kursächs. Mandat v. 1764 (Haubold §. 186. N. 6), Churtrierer Landr. v. 1713 XVIII. §. 1. (vgl. auch die vorige Note).

allgemeinen bestehen, und suchte man durch übersichtlichere Einrichtung derselben es zu erreichen, daß sich jeder Interessent mit leichter Mühe bestimmte Kunde darüber verschaffen könnte, wer Eigenthümer sei, welche Lasten auf dem Grundstück hafteten, welche Rechte mit ihm verbunden seien u. s. w. Je länger je mehr, um so unwichtiger wurden die vorangehenden Verhandlungen und galt die Eintragung in dem Grundbuch als der die Rechtsveränderung bewirkende Akt; die Auflassung, wo sich für sie die alten Formen erhalten hatten, war nur der vorbereitende Akt, welcher vorgenommen wurde, um die Inskription, die Intabulation nachfolgen zu lassen.

Es würde zu weit führen, wenn ich auf die partikulären Einrichtungen[218]) und die vielen Unvollkommenheiten in denselben genauer eingehen wollte. Es möge die Bemerkung genügen, daß es in vielen Gebieten trotz der allgemeinen Vorschriften an Grundbüchern fehlte[219]), daß man an manchen Orten, noch ebenso wie im Mittelalter, die einzelnen Eintragungen rein chronologisch hinter einander protokollirte, und daß sich hier erst aus besondern Registern ergab, welche verschiedenen Vermerke sich auf dasselbe Grundstück bezogen[220]),

---

218) Ueber die Einrichtung der Grundbücher der einzelnen Staaten vgl. für Mecklenburg Beseler, Zeitschr. f. deutsches Recht X. S. 113 ff., und besonders v. Meibom, das Mecklenb. Hypothekenrecht. 1871. S. 1 ff., 44 ff., für Hannover v. Bar, d. Hannover'sche Hypothekenrecht S. 22 ff., über Schleswig-Holstein Paulsen, Priv.-R. S. 132 f. v. Stemann, Schleswig'sche R.-G. II. S. 382 ff., über Sachsen Haubold §. 175b—175e, Schmidt, Vorlesungen I. S. 212 ff., über Würtemberg v. Wächter II. S. 362 ff., Reyscher I. § 242, über Hamburg Baumeister I. S. 198 ff., 210 ff. u. s. w.

219) In Mecklenburg z. B. sollten schon nach dem Erbvergleich von 1756 §. 371 überall Stadtbücher eingeführt werden; aber es kam erst 1829 und 1830 zu allgemeinen Gesetzen über dieselben, Beseler, Zeitschr. f. d. R. X. S. 110 ff.

220) Vgl. für Hamburg Baumeister I. S. 198 ff.

daß ferner nicht überall die auf die Grundstücke bezüglichen Rechtsverhältnisse in demselben Buch eingetragen wurden, sondern man für den Bezirk mehrere qualitativ verschiedene Bücher neben einander führte[221]; daß weiter an vielen Orten die Uebersichtlichkeit dadurch erschwert wurde, daß man die Eintragungen nicht nach den Grundstücken (Realfolien), sondern nach den Personen anordnete, welche in dem betreffenden Bezirk angesessen sind (Personalfolien)[222]) u. s. w.

Regelmäßig folgte sofort auf die Verlassung die Eintragung nach und beauftragte der Richter oder Rath den mit der Buchführung betrauten Stadtschreiber oder sonstigen Kanzleibeamten, die Eintragung vorzunehmen, wobei dann das Datum der Verlassung für den Zeitpunkt des Erwerbs galt. Bisweilen mußte aber zwischen beiden Akten ein kürzerer Zeitraum liegen, wie z. B. das Hamburger Gesetz von 1619 bestimmte, daß die Eintragung frühestens 3 Tage, spätestens ein halbes Jahr nach der Verlassung erfolgen und die Auflassung wiederholt werden sollte, wenn die Inskription länger hinausgeschoben war[223]).

§. 17.

In früherer Zeit war ganz allgemein die Auflassung dasjenige Rechtsgeschäft, durch welches der Veräußerer sein ding-

---

221) Vgl. Baumeister a. a. O.; Beseler a. a. O. S. 114 f.

222) Personalfolien in Schleswig und einzelnen Theilen von Holstein, (aber nicht in den Holstein'schen Städten Paulsen S. 132 f., v. Stemann II. S. 383 f.), in Würtemberg v. Wächter II. S. 370 f., in Kurhessen Schletter's Jahrbb. II. S. 250, in Waldeck Weigel das Waldeckische Landesrecht S. 29. — Die Wahl zwischen Real- und Personal-Hypothekenbüchern besteht noch nach den Gesetzen für Sachsen-Weimar v. 1839 u. 1841 und für Sachsen-Meiningen v. 1862 (Mascher d. deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen S. 262, 288).

223) Baumeister I. S. 131. N. 4, S. 132. N. 7.

liches Recht auf den Erwerber überträgt. Man unterschied zwischen dem Rechtsgeschäft, durch welches sich der Veräußerer verpflichtet, künftig auf den Andern Eigenthum zu übertragen, und dem Geschäft, in welchem auf Grund jenes Motivs der Veräußerer erklärt, sein dingliches Recht dem Andern abzutreten. In dem spätern Recht wurde nun vielfach die Auflassung dahin modifizirt, daß die Obrigkeit nicht bei diesem zweiten Akt mitwirkt, sondern den voraufgehenden Vertrag bestätigt und bestärkt, und daß von der Bestätigung dieses Vertrages und der Ausfertigung bezüglicher Urkunden oder der Eintragung des Veräußerungsvertrages in bestimmte Bücher sei es die Gültigkeit des Vertrages, sei es der Uebergang des dinglichen Rechts abhängig gemacht wird.

Die gerichtliche Mitwirkung bei Abschließung des Vertrages war keine völlige Neuerung; denn schon im früheren Mittelalter hatten manche Partikularrechte für die Gültigkeit von Verträgen über Grundstücke die Gerichtlichkeit gefordert[224].

Jetzt verlangte man, daß beide Parteien vor dem Richter oder Rath erschienen, den Vertrag nach seinen einzelnen Bestimmungen verlautbarten, in das Gerichtsbuch eintragen, resp. sich eine gerichtliche Urkunde ausfertigen und besiegeln ließen[225]. Da es sich nicht bloß um die Beweisbarkeit des Vertrages, sondern um die richterliche Cognition und oft auch um den Eigenthumsübergang handelte, so war regelmäßig nur die Obrigkeit der belegenen Sache kompetent.

224) Vgl. Nachweise bei Laband S. 248 f.; über die entsprechende Vorschrift, „Genannte" bei solchen Verträgen zuzuziehen, vgl. Stobbe z. Gesch. des Vertragsr. S. 18 ff.

225) An einzelnen Orten war man mit einer geringeren Förmlichkeit zufrieden, so z. B. in Ribnitz (Zeitschr. f. R.-G. X. S. 115), wo der Vertrag im Beisein von ein oder zwei Rathmannen und der Agnaten zu vollziehen war.

Mit dieser veränderten Auffassung der gerichtlichen Mitwirkung hängt es zusammen, daß die Gesetze diese Materie regelmäßig nicht in einem besondern Abschnitt, von dem Erwerbe des Eigenthums, sondern in Verbindung mit den Vorschriften über den Kauf normiren und daß demgemäß die Praxis die Grundsätze über die Insinuation vielfach nur für den Kauf, nicht aber für Schenkungen, Tausch u. s. w. zur Anwendung brachte[226]).

Es waren sehr verschiedene Motive, aus welchen man die Zuziehung der Obrigkeit verlangte. Abgesehen davon, daß diejenigen, welche ein Interesse gegen die Veräußerung haben konnten, besonders die Retraktberechtigten, Gelegenheit zur Einsprache erhalten sollten, wirkten allgemeine landespolizeiliche oder fiskalische Gründe mit. Der Richter sollte die Ernstlichkeit und Freiheit des Willens der Contrahenten prüfen[227]), und untersuchen, ob nicht der Vertrag zum Nachtheil einer Partei ausschlage. Die Wormser Reformation[228]) ergeht sich ausführlich darüber, daß Wittwen, Waisen und unverständige Leute in Folge schlechter Vermögensverwaltung oft zum Verkauf ihrer Grundstücke schreiten und durch die Möglichkeit heimlicher Kaufverträge darin unterstützt würden; es würden oft unziemliche Verträge „wider Recht und gute Sitten" geschlossen. Anderwärts ist es die Sorge für die Richtigkeit der Kataster und die ordnungsmäßige Abführung der Steuern[229]); man will die Verdunkelung der Eigenthums- und Grenzverhältnisse

---

226) Vgl. in Betreff von Köln und Trier Maurenbrecher, die Rheinpreuß. Landrechte I. S. 441, II. S. 162.

227) Z. B. Frankenhausener Statuten v. 1558. II. art. 15 (Walch I. S. 264 f.), es sollen die Contrakte nicht etwa in trunkenem Muth abgeschlossen werden.

228) Wormser Reformation V. 1. 1.

229) Z. B. Kurbraunschweig. VO. v. 1712 auch bei Kraut § 98 n. 11.

soll nach einzelnen unter ihnen innerhalb Jahr und Tag geschehen sein[258]).

§. 21.

Neben diesen Richtungen der Gesetzgebung, das Eigenthum durch Insinuation des Vertrages oder durch Auflassung übergehen zu lassen, bestand nun aber als gemeines Recht das Prinzip des Röm. Rechts. Und wie die Juristen auch da, wo die Gesetzgebung den deutschen Standpunkt vertrat, die römischen Grundsätze in der Praxis zur Geltung zu bringen versuchten, so wußten sie ihnen auch in einzelnen Gesetzen Anerkennung zu verschaffen. Die Nürnberger Reformation z. B. fordert nirgends die Auflassung oder Insinuation[259]); man behandelte in Nürnberg auch die Insinuation der Verträge durchaus als fakultativ[260]). Die Nassau-Catzenelnbogensche Landes-Ordnung, welche sich überhaupt enge an das

258) So nach den Stadtrechten von Parchim, Neu-Brandenburg, Plau, a. a. O. S. 117 ff. — Während nach früher angeführten Rechten bei unterlassener Insinuation ein Rücktrittsrecht vom Vertrage besteht, findet nach den Stadtrechten von Ribnitz und Parchim dasselbe auf Seiten des Verkäufers statt, wenn der Käufer mit Zahlung des Kaufpreises säumig ist. Die Verlassung soll, wenn es der Käufer verlangt, innerhalb Jahr und Tag nach abgeschlossenem Vertrage erfolgen, nach dem Hadeler Landrecht II. 11 (Pufendorf I. p. 19); sie fordert in dieser Zeit das Braunschw. Stadtr. (Steinacker S. 400 N. 4), am nächsten Rathstage das Lauenburger Stadtrecht (Pufendorf III. p. 328).

259) Vgl. die Reform. v. 1522. XXVIII. 1, 9; v. 1564 XVI. 1, 2. — Nur ganz beiläufig spricht die Reform. v. 1522. XVIII. 9 von Gütern, welche der bewerung bedürfen. — Von der ältern, sehr ausgebildeten Veräußerungsform durch Vermittlung von Salleuten (vgl. darüber Stobbe, Ztschr. f. R.-G. VII. S. 435 ff.) sagen die späteren Stadtrechtsquellen nichts mehr und es ist überhaupt nicht zu ersehen, wie sich in Nürnberg das Verfahren gegen den Schluß des Mittelalters ausgebildet hat.

260) Vgl. die Stellen bei Homeyer, Stadtbücher S. 28 f.

Römische Recht anschließt, spricht nirgends von der Auflassung und sagt (I. cap. 2. §. 1), daß der Kauf an und für sich gültig und die Verschreibung nicht wesentlich, sondern nur für den Beweis dienlich sei; sie verordnet wohl (c. 3 §. 8 ff.) die gerichtliche Protokollirung und die Ausstellung von Währschaftsbriefen und giebt genaue Vorschriften für die letztern, aber sie unterläßt die Folgen zu bestimmen, wenn sie fehlen.

Und auch sonst wird es anerkannt, daß die Tradition nach Bezahlung resp. Creditirung des Kaufgeldes für den Erwerb des Eigenthums genüge[261]).

§. 23.

Die Auflassung, gleichviel wie ihre spezielle Formulirung sich entwickelt hatte, war die Uebertragung des Rechts und hatte mit dem Besitz nichts zu thun; derselbe konnte vorher übertragen sein oder erst später übertragen werden. Wenn trotzdem einzelne Gesetze sagen, daß durch die Auflassung der Besitz übergehe[262]), so ist dies nur eine Nachwirkung der alten Auffassungen von der Gewere. So wie Gewere sowohl den Besitz, als auch das Recht zu besitzen bezeichnen konnte, so nahm man auch das Wort Besitz häufig im Sinne von

261) Steinacker, Braunschw. Privatr. S. 399 f.

262) Füneb. Reform. II. tit. 3: „Darauf auch der Käufer den Besitz des Hauses erlanget"; Jülich-Berg. Landr. c. 97 (Maurenbr. I. S. 273): man komme „durch gerichtlichen Uebertrag in Beseß und Gewehr" der erkauften Güter; Stadtr. v. Neu-Brandenburg (Zeitschr. f. R.-G. X. S. 119): der Richter ertheilt im gehegten Ding, in der Gerichtsstelle, im Beisein des ganzen Umstandes dem Käufer „die Immission der erkauften Güter"; Stadtr. v. Plau (ebendas. S. 122): durch die Auflassung erhält der Käufer „die wirkliche Possession". Wo die investitura allodialis gilt, erklärt der Erwerber nach der Lehnsreichung vor Gericht, daß er Besitz und Eigenthum ergreife, wobei gleichfalls nicht die thatsächliche Besitznahme gefordert wird, vgl. z. B. Sachse §. 284.

trotz der Bedeutungslosigkeit des Hauptvertrags doch der Nebenvertrag gültig und klagbar sei[232]); denn da das Contrahiren über das Grundstück nicht verboten ist, so ist die Verabredung der Conventionalstrafe als ein selbständiger Vertrag anzusehen, welcher die Contrahenten zu einer gesetzlich gebotenen Handlung veranlassen will.

Nach andern Gesetzen ist der Veräußerungsvertrag auch ohne Insinuation gültig, kann aber von beiden Seiten her gegen Erleidung gewisser Vermögensnachtheile revocirt werden; gegen Verlust der Arrha oder deren doppelte Restitution kann jeder Contrahent zurücktreten[233]). Und dies Rücktrittsrecht bleibt partikularrechtlich auch bestehen, selbst wenn der Vertrag von beiden Seiten erfüllt ist; auf Verlangen des einen Contrahenten soll der andere jederzeit das von jenem erhaltene restituiren[234]).

Besonders bedenklich erscheint dies Rücktrittsrecht da, wo die außergerichtliche Besitzübertragung Eigenthum giebt, aber die Insinuation aus andern Gründen vorgeschrieben ist; dies

---

232) Während die Ungültigkeit der Verabredung einer Conventionalstrafe die Erk. bei Seuffert XII. n. 261 (München) und XXV. n. 228 (Celle) annehmen, erklären dieselbe für gültig Seuffert XX. n. 221, XXII. n. 127 und dieser Ansicht ist auch mit Rücksicht auf das gemeine Recht (vgl. auch Windscheid, Pandekten II. §. 286 N. 2) Leonhardt S. 136—141.

233) Ueber derartige ältere Bestimmungen vgl. Stobbe, z. Gesch. des Vertragsrechts S. 55 f. —

Nach der Wormser Reform. V. 1. 1. (fol. 96b), nach welcher allerdings kein reines Insinuationsprinzip gilt, sondern nebenher noch die Auflassung stattfindet, kann der Käufer gegen Verlust, der Verkäufer gegen doppelte Restitution der Arrha zurücktreten. — Nach dem Stadtrecht von Friedland in Mecklenburg (Zeitschr. f. R.-G. X. S. 114) erfährt dieselbe Behandlung, wie ein Reugeld, die gleich beim Abschluß des Kaufvertrages gemachte Anzahlung.

234) Pfälz. Landr. I. 7. §. 1.

übergeht, muß untersucht werden, ob er sich aus diesem als veräußerungsberechtigter Eigenthümer ergebe[265]).

Nach manchen Gesetzgebungen ging die Cognition der Obrigkeit noch weit darüber hinaus und sollte sie sich nicht bloß auf die Rechtsgültigkeit, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit des Geschäfts erstrecken; hier hielten sich die Gerichte für befugt, nach ihrem Gutbefinden Bestimmungen des Vertrages zu ändern und den Kaufpreis zu erhöhen oder zu mindern[266]).

Diese Pflicht der Prüfung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts in Rücksicht auf seine Rechtsgültigkeit ist ganz besonders ausgebildet nach der Preußischen Hypothekenordnung von 1783. Die Behörden sollen (II. §. 12, 13) verhüten, „daß keine gesetzwidrige oder offenbar ungültige Negotia in die Bücher vermerkt, das Vertrauen des Publici auf die Legalität einer bei Gerichten eingetragenen Handlung zu Hintergehungen und Betrügereien nicht gemißbraucht werde. Die Collegia müssen nicht nur darauf sehen, ob das Gesuch an und für sich nichts Widerrechtliches enthalte, sondern auch examiniren, ob bei Vollziehung des Aktus, welcher in den Büchern vermerkt werden soll, die zu dessen Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet", u. s. w.[267]).

Doch das Gericht kann nicht nach allen Richtungen hin die Gültigkeit der Eintragung prüfen, es ist zugleich Aufgabe derer, welche durch die Uebertragung in ihren Rechten gekränkt

265) Lüneburger Reform. II. tit. 3: der Verkäufer muß nachweisen daß er „eine redliche und rechtmäßige Ankunft zu dem Hause und Erbe gehabt."

266) Vgl. z. B. über das Würtemb. Recht v. Wächter I. S. 305 ff., 488.

267) Vgl. noch die genaueren Vorschriften über das, was bei der Eintragung des neuen Eigenthümers beobachtet werden soll, in d. Preuß. Hypoth.-O. II. §. 59 ff.

werden, ihr Interesse rechtzeitig wahrzunehmen. Der an vielen Orten gebräuchliche oder vorgeschriebene Weinkauf bei Abschließung des Vertrages, bei welchem von beiden Seiten Zeugen zugezogen wurden, die partikulär gebotene Bekanntmachung der beabsichtigten Veräußerung (vgl. oben S. 216 f.), die Insinuation des Vertrages, die Auflassung in gehegtem Gericht oder in öffentlicher Rathssitzung gaben den Interessenten wenigstens in gewissem Umfange die Möglichkeit ihr bedrohtes oder verletztes Recht durch Einsprache zu sichern. Auch unter der Herrschaft römisch-rechtlicher Prinzipien erhielten sich für diese Anfechtung längere Zeit hindurch die altdeutschen Grundsätze von der rechten Gewere und blieb es Gebrauch oder war es bestimmt vorgeschrieben, daß der Veräußerer dem Erwerber dafür Bürgschaft bestellte, daß er wegen seines mangelhaften Veräußerungsrechts von Niemanden belangt werden würde; er stellte ihm sog. Werbürgen oder Warbürgen, d. h. Bürgen, welche für die Gewährschaft oder für die Gewere, den Besitz einstehen[268]). Auch in den Gesetzgebungen des 16. und 17. Jahrhunderts wird es ausgesprochen, daß für die im Gerichtsbezirk Anwesenden, falls sie nicht bei der Verlassungshandlung selbst zugegen gewesen waren und daher als konsentirend galten, die Frist von Jahr und Tag von der Auflassung an, für Abwesende oder sonst Behinderte von ihrer Anwesenheit, von ihrem Wissen oder von dem Fortfall der Behinderung an gerechnet werde[269]). Doch kommen daneben auch schon zahl-

268) Z. B. Nürnb. Reform. 1522. XXVIII. 5, 6 (sie haften als Selbstschuldner), Jülich-Berg. Landrecht c. 97, Hamb. Statt. I. 6. 14, II. 8. 6; Baumeister I. S. 131 N. 3 bemerkt, daß diese Sitte in Hamburg mit dem J. 1638 ganz aufhört.

269) Nürnb. Reform. 1522. XXVIII. 4—6, v. 1564 XVI. 5; letztere Stelle bestimmt für auf dem Lande gelegene Güter 4 Jahre; Revid. Lüb. Recht III. 6. 1, III. 6. 3, V. 6. 1; Lüneb. Ref. II. tit. 3 (p. 659); Nördling. Statt. v. 1650 XII. §. 1 (Arnold, Beiträge II.

reiche Abkürzungen der Frist vor[270]). Und andererseits machte sich auch das Bedürfniß geltend, für diejenigen Personen, für welche Jahr und Tag ein tempus utile war, eine Grenze zu setzen, bis zu welcher sie ihren Widerspruch geltend machen dürften[271]).

§. 25.

Wo das Prinzip gilt, daß das Eigenthum nur durch gerichtliche Insinuation oder Auflassung erworben wird, bleibt derjenige noch immer Eigenthümer, welcher einen Veräußerungsvertrag geschlossen, aber dem Andern nur den Besitz der Sache ohne Anwendung jener Formen übertragen hat. Er bleibt Eigenthümer und ist daher befähigt auf andere Personen durch

---

S. 497); Hamburg. Statt. I. 30. §. 3, II. 8. 6. 7, II. 6. 14. — Nach Hamburger Recht beginnt die Frist nicht mit der Auflassung, sondern mit der erst später nachfolgenden Inskription, Baumeister I. S. 136. N. 27; hier bildet sich überdies das besondere Partikularrecht aus, daß die in Hamburg anwesenden Personen nur an dem Verlassungstage selbst und bis zur Umschreibung im Stadtbuch Einsprache erheben können, und die Frist von Jahr und Tag nur für Abwesende gilt, Baumeister I. S. 127 ff., 131.

270) Z. B. vier Wochen nach Braunschweigischem Stadtrecht (Pufendorf IV. p. 130). Wir können hier darauf verweisen, daß in der spätern Zeit die Frist für den Retrakt stark abgekürzt wurde.

In dem Stadtrecht von Neubrandenburg (Zeitschr. f. R.-G. X. S. 119 f.), nach welchem das Kaufgeld binnen Jahr und Tag nach dem Vertrage bezahlt sein soll und die gerichtliche Auflassung dann erst erfolgt, heißt es: „Und können folgends nach solcher Verlassung die verkauften und verlassenen Güter von Niemandes belanget oder besprochen werden.“ — Ueber Bestimmungen des neueren Rechts vgl. schon oben S. 216 f. N. 216.

271) In alterthümlichen Quellen ist dies die altsächsische Verjährungsfrist von 30 oder 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen, so Hadeler Landr. II. 11 (Pufendorf I. p. 19), in moderneren Quellen werden willkürliche Grenzen der Verjährung gesteckt; so nach Hamburger Recht 20 Jahre, Baumeister I. S. 81 d.

Vertrages gelegt wird, behielt man zum Theil die Grundbücher bei, in welchen die auf den Eigenthumsübergang bezüglichen Ereignisse eingetragen wurden; doch fehlte es vielfach an präcisen und zwingenden Vorschriften. In Braunschweig z. B., wo die Insinuation bei Strafe vorgeschrieben war, überließ man es dem Belieben der Parteien, ob sie noch überdies die Eintragung in das Grundbuch veranlassen wollten[245]). In Würtemberg, wo die Insinuation gleichfalls geboten ist, bestanden neben den Büchern zur Eintragung der Verträge noch Grundbücher; aber weder gab die Eintragung in die letzteren Eigenthum, noch war sie ein Erforderniß des Eigenthumsüberganges[246]); dagegen erschien der im Grundbuch eingetragene dem Gericht gegenüber als zu weitern Dispositionen über das Grundstück legitimirt[247]).

§. 20.

Nicht gering ist aber auf der andern Seite die Zahl der Rechtsquellen, in welchen man dem ursprünglichen Prinzip getreu blieb, und die obrigkeitliche oder gerichtliche Mitwirkung nicht sowohl für die Bestätigung des Vertrages, als für den Uebergang des Eigenthums oder sonstigen dinglichen Rechts erforderte. In zahlreichen Gesetzen bleibt die Auflassung bestehen, ohne daß man gerade die alten Formen conservirt, und erscheint dieselbe als der Verzicht des Veräußerers auf sein Recht und die sich daran schließende gerichtliche Uebertragung auf den Erwerber.

Natürlich war es, daß man dabei auch den Titel erwähnte, aus welchem die Uebertragung erfolgt, und daß der Veräußerer erklärte auf Grund eines bestimmten vorange-

245) Steinacker §. 97.
246) v. Wächter II. S. 373.
247) v. Wächter II. S. 377 ff.

gangenen Vertrages jetzt sein Recht aufzulassen. Andererseits kommt es auch vor, daß die Insinuation des Vertrages gewissermaßen als Anhang eine Auflassung erhielt[248]). Wir werden behaupten dürfen, daß wo die Insinuation den Charakter hat, daß sie in der Mittheilung des Contrakts nach seinen wesentlichen Festsetzungen besteht und wo sich an sie noch eine gerichtliche Erklärung über den Erwerb des dinglichen Rechts anschließt, das Institut der Auflassung in genügender Weise gewahrt ist.

Wir führen zunächst eine Anzahl von Gesetzgebungen auf, welche das Auflassungsprincip enthalten:

Revidirte Lüb. Statuten III. 6. 2. (Verlassung vor dem sitzenden Rath),

Hamb. Statuten II. 1. 6: „Dem Erbe und Häuser oder Erb-Zinß und Rente in dieser Stadt-Buche zugeschrieben stehen, der sol dieselbe niemand verlassen, noch verkauffen, oder sonst verenderen, es geschehe dann vor dem Rath dieser Stadt, und geschehe das anders, so sol es machtloß und von keinen Wehrden sein"; II. 4. 4 (Baumeister, Hamb. Priv. R. I. S. 136 f.),

Frankfurter Reform. II. 3. § 7: Aufgiften und Währ-

248) Z. B. Churkölnisches Landr. v. 1663. XII. §. 1 (Maurenbrecher, Rheinpreuß. Landrechte I. S. 440): Wann jemand liegende oder unbewegliche Güter an sich erkauft, soll der Kauf bey dem Gericht, worunter die Güter gelegen, insinuirt und verkündet werden, und daselbst durch den Verkäufer Verzich und Ausgang, hingegen an den Käufer die Erbung geschehen, und als lang solche Verkündigung hinterbleibt, soll der Eigenthum auf den Käufer, ob ihm schon durch den Verkäufer sonst das Gut eingeräumt, nicht verfallen sein. — Vgl. auch XV. §. 1 und Erläuterung II dazu v. J. 1767, wonach die Insinuation und die Erbung gleichmäßig unterschieden und der Beginn der Zeit für den Retrakt von der Insinuation an gerechnet wird.

schaften sollen nur in der Rathskanzlei erfolgen und nichtig sein, wenn sie vor Notaren und andern Personen (Unterhändlern oder Zeugen) erfolgen[249]);

Lüneburger Reform. II. tit. 3 (Pufend. IV. p. 659)[250]);

Jülich-Bergisches Landr. c. 97 (Maurenbrecher I. S. 271 ff., besonders S. 273), Churköln. Landrecht XII. § 1[251]);

Edikt für die Städte Berlin und Cölln v. J. 1693[252]);

Die 61te sächsische Decisio electoralis v. J. 1661[253]);

Braunschw. Bestimmung für die Städte v. J. 1741[254]),

---

249) Souchay, Anmerkungen zur Frankf. Reform. I. S. 104 bemerkt, daß sich daneben auch die Praxis in Frankfurt entwickelte, das Eigenthum durch einfache Tradition übergehen zu lassen. Auch die VO. v. 1801 u. v. 1820 bestimmen nur eine Geldstrafe für Veräußerungen ohne gerichtliche Währschaft, sagen aber nicht, daß das Eigenthum in diesem Falle nicht übergehe. In Folge dieser doppelten Art Eigenthum zu übertragen entstanden die größten Uebelstände und gar nicht zu beantwortende Zweifel, welche die Gesetzgebung durch Regelung des Verhältnisses zwischen der einfachen Traditio und der Währschaft zu beseitigen nicht versucht hat.

250) Wenn es in II. tit. 2. p. 657 heißt: „Wenn jemand .... stehende Erbe kauft, das ihme vor uns dem Rathe und Gericht nicht aufgelassen ist, er auch keine Stadtbriefe darauf geforbert hat, so darf man solchen Kauf für keinen vollkommenen Kauf halten", so ist der Ausdruck jedenfalls inkorrekt und der Sinn dahin zu verstehen, daß auf den Käufer nicht Eigenthum übergegangen sei.

251) Vgl. oben S. 229. N. 248.

252) Homeyer, Stadtbücher S. 18.

253) Sie bestimmte dies in Uebereinstimmung mit dem Gerichtsgebrauch gegenüber den auf Grund des gemeinen Rechts erhobenen Zweifeln. — Doch scheint dadurch zunächst noch keine einheitliche Praxis erzielt worden zu sein; denn das Wittenberger Gutachten v. J. 1687 (bei Emminghaus, Pandekten des sächs. Rechts S. 426. N. 5) erklärt die gerichtliche Auflassüng für überflüssig und ein Wittenberger Erkenntniß von 1696 (daselbst S. 426. N. 6. I) verlangt außer der resignatio judicialis noch die traditio.

254) Bei Leonhardt S. 133 f.: „Daß in den Städten keine

Braunschw. Unterger. Ordnung v. 1764 (bei Steinacker, Braunschw. Priv. R. S. 399. N. 3);

Mecklenburg. Erbvergleich v. 1756. § 372 (Uebertragung durch „Verlassung vor dem Stadtbuch").

An manchen Orten erhielt das Auflassungsprinzip insofern eine Hinneigung zu dem Insinuationsprinzip, als man die Unterlassung der Auflassung innerhalb bestimmter Zeit nach Abschluß des Vertrages nicht bloß mit Strafe bedrohte[255]), sondern zugleich erklärte, daß in diesem Falle der Vertrag selbst hinfällig sein solle[256]).

So finden sich denn, während man es im allgemeinen dem Belieben der Parteien überlassen kann, ob und wann sie die gerichtliche Mitwirkung zur Uebertragung des Eigenthums nachsuchen wollen, auch zahlreiche beengende Vorschriften, um auf die Regulirung der Eigenthumsverhältnisse hinzuwirken. Viele Mecklenburgische Stadtrechte, welche dabei von der Annahme ausgehen, daß der Besitz sofort nach Abschluß des Vertrages auf den Käufer übergegangen sei, bestimmen, daß der Verkäufer das Gut gerichtlich auflassen soll, sobald der Käufer den ganzen Kaufpreis terminweise bezahlt hat[257]), und dies

---

jura realia gültig constituiret und transferiret werden mögen, es sei denn, daß die gerichtliche Confirmation und Bestätigung hinzugekommen, mithin daß dergl. Constitutiones und translationes jurium realium vor Gericht geschehen sollen, widrigenfalls das dingliche Recht an und vor sich selbst nicht gültig zu achten." — Ueber die Städte, in welchen sich die Auflassung erhielt, vgl. Grefe, Hannöv. Priv.=R. II. S. 108 f.

255) Wie z. B. nach Sachsen=Weimar'schem und sonstigen sächsischen Partikularrechten vgl. Sachse, Handbuch §. 285, Heimbach §. 187. Note 7.

256) So nach dem Helmstädter Stadtrecht, wenn die Auflassung nicht in einem Monat nachfolgt, vgl. Steinacker, Braunschw. Privatr. S. 400 N.

257) Vgl. die Stadtrechte von Friedland, Marlow, Ribnitz, Malchin, Teterow, Woldeck, in d. Ztschr. f. R.=G. X. S. 115 ff.

b) Ebenso fehlt es an Uebereinstimmung darüber, ob ein verkauftes und übergebenes, aber noch nicht aufgelassenes resp. umgeschriebenes Grundstück beim Conkurse des Veräußerers, zu seiner Masse gezogen werden dürfe oder nicht. Während das Hamburger Recht auch hier den formalen Gesichtspunkt festhält und den Käufer, selbst wenn er Zahlung geleistet hat, zur Auslieferung des Grundstücks an die Conkursmasse verpflichtet [282]), wird nach andern Rechten bei dieser Frage der Erwerber wie ein Eigenthümer behandelt und das veräußerte Grundstück von dem Conkurse eximirt [283]).

§. 26.

Einen dem sächsischen Recht verwandten Standpunkt nehmen einige andere Gesetzgebungen ein, welche mit Bezug auf den Eigenthumsübergang auf dem Boden des gemeinen Rechts stehen. Auch sie kennen gewissermaßen zwei Arten von Eigenthum, ein formales und ein materielles. Sie lassen das Eigenthum durch Tradition und Bezahlung resp. Creditirung des Kaufpreises übergehen (materielles Eigenthum), geben aber nur demjenigen, welcher in dem Hypothekenbuch als Eigen-

---

wenn das Gut beweret und in des kauffers gewalt oder gewere geantwurt ist; da sich aus der Nürnberger Reformation nicht entnehmen läßt, daß die Insinuation oder Auflassung überhaupt gefordert wurde, ist bei der bewerung wohl an eine feierliche Besitzübertragung zu denken. — Von den neueren Gesetzbüchern bestimmen dies auch Preuß. Landr. I. 11. §. 95, 100, Oestr. Ges.-B. §. 1048, 1051, 1064.

282) Baumeister I. S. 137. N. 36; selbst eine Clausel, welche der Käufer nach der Bezahlung im Grundbuch hat eintragen lassen, sichert ihn nicht beim Conkurs des Veräußerers I. S. 211. N. 3. b. — Vgl. auch Leonhardt S. 147.

283) Hommel rhaps. n. 347, Seuffert VI. n. 145 (O.-A.-G. z. Dresden). Für Sachsen-Meiningen Kümpel §. 168. — So entscheidet auch bereits die Erläuterung v. J. 1767 zum Churköln. Landr. XII. §. 1 (Maurenbrecher I. S. 441).

thümer eingetragen ist (formeller Eigenthümer) die Berechtigung zu Dispositionen, welche durch Eintragungen durchgeführt werden: nur er kann einen Andern als Eigenthümer eintragen lassen, hypothekarische Schulden machen, sonstige Lasten auf das Gut legen u. s. w. Der Eine ist Eigenthümer, der Andere gilt dem Gericht gegenüber als Eigenthümer.

Dies ist die Auffassung des Würtembergischen Landrechts[284]: obgleich hier nicht einmal eine Vermuthung besteht, daß der im Hypothekenbuch als Eigenthümer Eingetragene auch wirklich Eigenthümer sei, kann er Hypotheken bestellen, welche auch gegenüber dem wahren (materiellen) Eigenthümer verbindlich sind; und es dürfen diese Hypotheken nicht durch den Beweis angefochten werden, daß der Verpfänder oder sein Rechtsnachfolger zur Zeit der Bestellung nicht Eigenthümer war. Aehnlich verhält es sich nach dem Landrecht für Baden: dasselbe läßt dem französischen Recht entsprechend mit Abschließung des Veräußerungsvertrages das Eigenthum übergehen (art. 1583), fordert aber (art. 1583 a.) die Eintragung, weil ohne dieselbe der neue Eigenthümer vom Gericht nicht als solcher angesehen wird und keine Hypotheken aufnehmen kann.

Am bestimmtesten ist dieser Standpunkt im Preuß. Landrecht ausgebildet. Während die Hypotheken-Ordnung vom J. 1783 noch die rein formelle Behandlung festhält und kein doppeltes Eigenthum kennt[285], hat das allgemeine Landrecht

284) Vgl. v. Wächter I. S. 978, II. S. 373 ff., 377 ff.

285) Hyp.-O. II. §. 92: „Derjenige, für welchen .... der titulus possessionis auf ein Grundstück berichtiget worden, ist für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen"; §. 94 bemerkt nur, daß Fälle denkbar seien, in welchen einem Andern „auf das Eigenthum des Guts ein besseres Recht, als dem neuen Acquirenten oder demjenigen, von welchem das Gut auf ihn gelangt ist, zusteht"

Besitzrecht und es ist sicherlich anzunehmen, daß man mit solchen gelegentlichen Bemerkungen über den Uebergang des Besitzes nichts weiter habe sagen wollen, als daß mit der Insinuation und Auflassung auf den Erwerber auch das Recht zu besitzen übergegangen sei. Der Besitzübergang erfolgt nach den Bestimmungen, welche der Vertrag darüber enthält, und giebt weder Eigenthum, noch ist er eine Voraussetzung für den Erwerb desselben[263]).

Von einer besonders feierlichen Einweisung in den Besitz unter Betheiligung des Gerichts, wie sie das Mittelalter kennt, ist in dieser spätern Zeit nicht mehr die Rede.

§. 24.

Gleichviel, ob eine bloße Insinuation des Vertrages oder die richterliche Mitwirkung zum Zweck des Rechtsüberganges stattfand, — es lag in der Natur der Sache, daß der Richter in gewissem Umfange die Rechtsgültigkeit des Geschäfts und die Legitimation des Veräußerers zu prüfen hatte. Es war dies um so mehr erforderlich, als in Folge der veränderten Gerichtsverfassung oder des Uebergangs derartiger Amtshandlungen auf den Rath die frühere Publizität der Veräußerungen so gut wie ganz geschwunden war. Die Controle, welche früher von der ganzen Gemeinde ausgeübt wurde, mußte jetzt wenigstens theilweise der Obrigkeit zufallen. Sie hatte zu prüfen, ob die vor ihr erschienenen Personen dieselben seien, für welche sie sich ausgeben, ob sie dispositionsfähig seien[264]), ob der Veräußerer zur Veräußerung legitimirt sei; da, wo das Eigenthum in Folge der Eintragung in das Grundbuch

263) Selbstverständlich ist es, daß so lange der Eigenthümer nicht den Besitz erlangt hat, ihm auch die possessorischen Interdikte nicht zustehen.

264) Z. B. Trierer Landr. XVIII. §. 4.

übergeht, muß untersucht werden, ob er sich aus diesem als veräußerungsberechtigter Eigenthümer ergebe[265]).

Nach manchen Gesetzgebungen ging die Cognition der Obrigkeit noch weit darüber hinaus und sollte sie sich nicht bloß auf die Rechtsgültigkeit, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit des Geschäfts erstrecken; hier hielten sich die Gerichte für befugt, nach ihrem Gutbefinden Bestimmungen des Vertrages zu ändern und den Kaufpreis zu erhöhen oder zu mindern[266]).

Diese Pflicht der Prüfung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts in Rücksicht auf seine Rechtsgültigkeit ist ganz besonders ausgebildet nach der Preußischen Hypothekenordnung von 1783. Die Behörden sollen (II. §. 12, 13) verhüten, „daß keine gesetzwidrige oder offenbar ungültige Negotia in die Bücher vermerkt, das Vertrauen des Publici auf die Legalität einer bei Gerichten eingetragenen Handlung zu Hintergehungen und Betrügereien nicht gemißbraucht werde. Die Collegia müssen nicht nur darauf sehen, ob das Gesuch an und für sich nichts Widerrechtliches enthalte, sondern auch examiniren, ob bei Vollziehung des Aktus, welcher in den Büchern vermerkt werden soll, die zu dessen Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet", u. s. w.[267]).

Doch das Gericht kann nicht nach allen Richtungen hin die Gültigkeit der Eintragung prüfen, es ist zugleich Aufgabe derer, welche durch die Uebertragung in ihren Rechten gekränkt

265) Lüneburger Reform. II. tit. 3: der Verkäufer muß nachweisen daß er „eine redliche und rechtmäßige Ankunft zu dem Hause und Erbe gehabt."

266) Vgl. z. B. über das Würtemb. Recht v. Wächter I. S. 305 ff., 488.

267) Vgl. noch die genaueren Vorschriften über das, was bei der Eintragung des neuen Eigenthümers beobachtet werden soll, in d. Preuß. Hypoth.-O. II. §. 59 ff.

werden, ihr Interesse rechtzeitig wahrzunehmen. Der an vielen Orten gebräuchliche oder vorgeschriebene Weinkauf bei Abschließung des Vertrages, bei welchem von beiden Seiten Zeugen zugezogen wurden, die partikulär gebotene Bekanntmachung der beabsichtigten Veräußerung (vgl. oben S. 216 f.), die Insinuation des Vertrages, die Auflassung in gehegtem Gericht oder in öffentlicher Rathssitzung gaben den Interessenten wenigstens in gewissem Umfange die Möglichkeit ihr bedrohtes oder verletztes Recht durch Einsprache zu sichern. Auch unter der Herrschaft römisch-rechtlicher Prinzipien erhielten sich für diese Anfechtung längere Zeit hindurch die altdeutschen Grundsätze von der rechten Gewere und blieb es Gebrauch oder war es bestimmt vorgeschrieben, daß der Veräußerer dem Erwerber dafür Bürgschaft bestellte, daß er wegen seines mangelhaften Veräußerungsrechts von Niemanden belangt werden würde; er stellte ihm sog. Werbürgen oder Warbürgen, d. h. Bürgen, welche für die Gewährschaft oder für die Gewere, den Besitz einstehen[268]). Auch in den Gesetzgebungen des 16. und 17. Jahrhunderts wird es ausgesprochen, daß für die im Gerichtsbezirk Anwesenden, falls sie nicht bei der Verlassungshandlung selbst zugegen gewesen waren und daher als konsentirend galten, die Frist von Jahr und Tag von der Auflassung an, für Abwesende oder sonst Behinderte von ihrer Anwesenheit, von ihrem Wissen oder von dem Fortfall der Behinderung an gerechnet werde[269]). Doch kommen daneben auch schon zahl-

268) Z. B. Nürnb. Reform. 1522. XXVIII. 5, 6 (sie haften als Selbstschuldner), Jülich-Berg. Landrecht c. 97, Hamb. Statt. I. 6. 14, II. 8. 6; Baumeister I. S. 131 N. 3 bemerkt, daß diese Sitte in Hamburg mit dem J. 1638 ganz aufhört.

269) Nürnb. Reform. 1522. XXVIII. 4—6, v. 1564 XVI. 5; letztere Stelle bestimmt für auf dem Lande gelegene Güter 4 Jahre; Revid. Lüb. Recht III. 6. 1, III. 6. 3, V. 6. 1; Lüneb. Ref. II. tit. 3 (p. 659); Nördling. Statt. v. 1650 XII. §. 1 (Arnold, Beiträge II.

reiche Abkürzungen der Frist vor[270]). Und andererseits machte sich auch das Bedürfniß geltend, für diejenigen Personen, für welche Jahr und Tag ein tempus utile war, eine Grenze zu setzen, bis zu welcher sie ihren Widerspruch geltend machen dürften[271]).

§. 25.

Wo das Prinzip gilt, daß das Eigenthum nur durch gerichtliche Insinuation oder Auflassung erworben wird, bleibt derjenige noch immer Eigenthümer, welcher einen Veräußerungsvertrag geschlossen, aber dem Andern nur den Besitz der Sache ohne Anwendung jener Formen übertragen hat. Er bleibt Eigenthümer und ist daher befähigt auf andere Personen durch

---

S. 497); Hamburg. Statt. I. 30. §. 3, II. 8. 6. 7, II. 6. 14. — Nach Hamburger Recht beginnt die Frist nicht mit der Auflassung, sondern mit der erst später nachfolgenden Inskription, Baumeister I. S. 136. N. 27; hier bildet sich überdies das besondere Partikularrecht aus, daß die in Hamburg anwesenden Personen nur an dem Verlassungstage selbst und bis zur Umschreibung im Stadtbuch Einsprache erheben können, und die Frist von Jahr und Tag nur für Abwesende gilt, Baumeister I. S. 127 ff., 131.

270) Z. B. vier Wochen nach Braunschweigischem Stadtrecht (Pufendorf IV. p. 130). Wir können hier darauf verweisen, daß in der spätern Zeit die Frist für den Retrakt stark abgekürzt wurde.

In dem Stadtrecht von Neubrandenburg (Zeitschr. f. R.-G. X. S. 119 f.), nach welchem das Kaufgeld binnen Jahr und Tag nach dem Vertrage bezahlt sein soll und die gerichtliche Auflassung dann erst erfolgt, heißt es: „Und können folgends nach solcher Verlassung die verkauften und verlassenen Güter von Niemandes belanget oder besprochen werden.“ — Ueber Bestimmungen des neueren Rechts vgl. schon oben S. 216 f. N. 216.

271) In alterthümlichen Quellen ist dies die altsächsische Verjährungsfrist von 30 oder 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen, so Hadeler Landr. II. 11 (Pufendorf I. p. 19), in moderneren Quellen werden willkürliche Grenzen der Verjährung gesteckt; so nach Hamburger Recht 20 Jahre, Baumeister I. S. 81 d.

Insinuation oder Auflassung Eigenthum zu übertragen oder ihnen sonstige jura in re aliena zu bestellen. Er hat auch noch weiter die Vindikation gegen Jeden, auch gegen denjenigen, welchem er den Besitz des Grundstücks übertragen hat; doch wird der letztere sich im allgemeinen[272]) gegen die Vindikation mit der exceptio rei venditae et traditae schützen können, und hat, falls der vorangegangene Vertrag überhaupt als gültig angesehen wird, die Kontraktsklage auf Uebertragung des Eigenthums durch gerichtliche Insinuation oder Auflassung. Außerdem stehen dem Besitzer die possessorischen Inderdikte zur Seite; dagegen läßt es sich aus allgemeinen Gründen nicht rechtfertigen, daß er auch den Usukapionsbesitz habe, durch einen längeren Zeitablauf wirklich Eigenthum erwerbe und dem im Buch eingetragenen Eigenthümer vorzuziehen sei.

Doch gehen hierin die Partikularrechte aus einander und setzen sich in verschiedener Weise mit den aus dem Römischen Recht entnommenen Grundsätzen über die erwerbende Verjährung aus einander[272a]).

Einige Rechte hielten strenge an dem alten Prinzip fest und schützten den im Buch eingetragenen Eigenthümer gegen jede Verjährung[273]), andere erklärten, daß auch die 30- resp. 40jährige Verjährung Eigenthum erwerben lasse, so daß derjenige, welcher das Grundstück die Verjährungszeit hindurch besessen hat, auch ohne die zustimmende Erklärung des Bucheigenthümers die Eintragung seines Eigenthums fordern könne.

---

272) Vgl. darüber Leonhardt S. 147, 156 ff.

272a) Leonhardt S. 148 ff., 154.

273) So Hamburger Recht, Baumeister I. S. 137; Preuß. Landr. I. 9. §. 511; diese letztere Bestimmung wurde aber von der Preuß. Praxis einschränkend interpretirt; vgl. die Motive zu dem neuesten Preuß. Entw. zu einem Gesetz über den Eigenthumsübergang 1871. S. 32.

Die Verjährung giebt ihm, sei es sofort Eigenthum, sei es einen gesetzlichen Titel auf seinen Erwerb[274]).

Auch war man geneigt, dem Besitzer, welcher ohne Auflassung und Inskription das Grundstück erhalten hatte, die Rechte des Eigenthümers dritten Personen gegenüber einzuräumen: nur demjenigen gegenüber, welcher, ohne von der bereits erfolgten Uebertragung etwas zu wissen, von dem Veräußerer durch einen formellen Akt das Eigenthum erworben hat, muß der gutgläubige und titulirte Besitzer weichen. Demgemäß bestimmt das Jülich=Berg. Landr. c. 97 (Maurenbr. I. S. 273), daß wenn mehrere Personen von demselben Eigenthümer ein Gut erworben haben, derjenige vorgeht, welcher zuerst „durch gerichtlichen Uebertrag in Beseß und Gewehr kompt"[275]).

---

274) Frankf. Reform. II. 3. §. 8: Wer das Gut 30, resp. 40 Jahr „ruhigen Posseß, unangefochten, rühiglich inngehabt und besessen hett, ob er gleich hernach darumb angefochten werden wolt, und keinen Währbrieff fürzulegen hett, So sol er doch in kraft longissimae Praescriptionis und der verjärung, vermöge der Keyserlichen Recht, nicht desto weniger dabey nachmals gelassen und gehandthabt werden"; ebenso Lüneb. Reform. II. tit. 3 (Pufend. IV. p. 660). — Kursächs. Decisio I. v. J. 1746: „gestalt denn auch durch dergleichen Posseß, wenn solche ein und dreissig Jahre, sechs Wochen und drei Tage continuiret worden, das Eigenthum des Gutes wohl erlanget werden mag und demjenigen, der sich ... so lange Zeit in solchem Besitze befindet, die Lehnsreichung nicht zu versagen ist"; vgl. auch Haubold §. 187 N. b und c, Heimbach §. 187 N. d. — Ebenso behält die Verjährung ihre Wirkung nach Würtemb. Recht, v. Wächter II. S. 398 ff. Nach dem Hessen=Darmst. Gesetz v. 21. Febr. 1852 kann die Zuschreibung auf Vorlage einer die Ersitzung beweisenden Urkunde erfolgen.

275) Vgl. auch Mevius ad jus Lubec. III. 6. 1. — Nach andern Quellen, welche allerdings nicht der Immobilien besonders gedenken, sondern ihren Satz allgemein aufstellen, geht unter den mehreren Käufern derjenige vor, welcher durch Ueberantwortung und Abtretung in Besitz und Gewere kommt; Nürnb. Reform. v. 1522. XXVIII. 14, 1564. XVI. 7, Frankf. Ref. II. 2. §. 10, Lüneb. Ref. II. tit. 2 (Pu-

Ganz besonders hat die kursächsische Gesetzgebung das Recht desjenigen zu sichern gesucht, welcher in Folge eines Veräußerungsvertrages den Besitz erworben hat, ohne daß die Auflassung hinzugetreten ist. Die Decisio I. v. J. 1746 spricht ihm allerdings die Fähigkeit ab, Eigenthum oder Pfandrecht zu übertragen, da er zu solchen allein dem Eigenthümer zustehenden Akten sich dem Gericht gegenüber nicht legitimiren kann, aber sein bona fide und justo titulo erworbener Besitz gewährt ihm die actio Publiciana und die actio negatoria und verhilft ihm auch dazu, auf Grund der Verjährung die Eintragung vom Richter zu erzwingen. So kam die sächsische Jurisprudenz dazu ein doppeltes Eigenthum anzunehmen, ein dominium civile, welches auf der Verlassung beruht und zur Anstellung der Vindikation und zu den durch das Grundbuch zu vermittelnden Veräußerungen und Belastungen berechtigt, und ein dominium naturale[276]). Um den Conflikten zwischen den beiden Eigenthumsarten im konkreten Fall zu begegnen, wurde es aber den Parteien zur Pflicht gemacht, von den Besitzveränderungen der Behörde binnen bestimmter Zeit zum Zweck der Verlassung Anzeige zu machen[277]).

---

fend. IV. p. 658), Nassau-Catzenelnbog. Landes-O. I. 3. §. 23. — Nach denjenigen Rechten, welche die Auflassung für den Eigenthumserwerb fordern, ist die bloße Betonung des Besitzes eine Inkonsequenz, falls man nicht annehmen will, daß sie nur an Mobilien denken.

276) Dies doppelte Eigenthum findet sich auch in sonstigen sächsischen Partikularrechten; vgl. über Meiningen Kümpel §. 166, 167, über Altenburg Hesse §. 227, und überhaupt Heimbach §. 188.

277) Haubold I. §. 175. d. — Und auch die neueste Sächsische Gesetzgebung, welche das doppelte dominium aufgegeben hat, hält noch an der Zwangstitelberichtigung fest, Verordn. v. 9. Jan. 1865. §. 197, 198; ja sie legt §. 93 den Behörden sogar die Verpflichtung auf, wenn ihnen amtlich Umstände bekannt werden, welche Aenderungen in den

Es sind hier noch 2 Fragen des praktischen Details anzuschließen, über den Uebergang der Gefahr und über die Zulässigkeit, das betreffende Grundstück zur Konkursmasse zu ziehen.

a) Das ältere deutsche Recht, welches davon ausgeht, daß bei Veräußerungsverträgen auf den Erwerber die Gefahr erst mit dem erlangten Eigenthum übergeht, ließ nach weit verbreitetem Rechtsgrundsatz den Verkäufer die Gefahr bis zur Auflassung tragen[278]). Weil man es auch noch später als billig ansah, daß den Eigenthümer der Schaden treffe, blieb dieser Satz auch weiter in partikularrechtlicher Anerkennung[279]). Doch ist wohl anzunehmen, daß, wo nicht das Römische Recht durchdrang und daher schon mit der Perfektion des Vertrages jene Wirkung eintrat[280]), nicht bloß die Auflassung, sondern auch die Uebertragung des Besitzes die Gefahr übergehen läßt[281]).

Hypothekenbüchern erfordern, die für die neuen Eintragungen erforderlichen Einleitungen zu treffen.

278) Vgl. Stobbe z. Gesch. des deutschen Vertragsrechts S. 280 ff. und oben S. 204.

279) Nach dem Pfälz. Landr. I. tit. 8 geht die Gefahr auf den Käufer mit der Insinuation über; nach Hamb. Statt. II. 8. 13 mit der Auflassung oder Uebertragung des Besitzes, Baumeister I. S. 340. N. 4, 5.

280) Dies ist der Fall für die Nürnb. Ref. 1564. XV. c. 2, Solmser Landr., vgl. XI. §. 6 mit X. §. 4, Frankf. Ref. II. 2. §. 7, Küneb. Reform. II. 2. §. 2, Nassau-Catzenelnb. Ldes-O. I. 2. §. 5, 6, Trierer Landr. XVIII. §. 3 (von dem Vertrage, nicht von der Insinuation an), Statt. v. Frankenhausen II. art. 29 (Walch I. S. 276), nach älterm sächs. Recht (Haubold §. 187. N. d), und dem Sächs. Ges.-B. §. 866, 868, nach französischem Recht (Zachariä II. S. 377), für welches noch hinzukommt, daß nach ihm mit dem Abschluß des Vertrages bereits das Eigenthum übergeht.

281) Habeler Landr. II. 12 (Pufend. I. S. 20), Freiburger Statt. fol. 36b „so die vertigung beschehen ist oder sich der kauffer der possession underzücht"; nach der Nürnberger Reform. v. 1522. XXVIII. 9. geht bei Gütern, welche der bewerung bedürfen, die Gefahr erst über,

b) Ebenso fehlt es an Uebereinstimmung darüber, ob ein verkauftes und übergebenes, aber noch nicht aufgelassenes resp. umgeschriebenes Grundstück beim Conkurse des Veräußerers, zu seiner Masse gezogen werden dürfe oder nicht. Während das Hamburger Recht auch hier den formalen Gesichtspunkt festhält und den Käufer, selbst wenn er Zahlung geleistet hat, zur Auslieferung des Grundstücks an die Conkursmasse verpflichtet [282]), wird nach andern Rechten bei dieser Frage der Erwerber wie ein Eigenthümer behandelt und das veräußerte Grundstück von dem Conkurse eximirt [283]).

§. 26.

Einen dem sächsischen Recht verwandten Standpunkt nehmen einige andere Gesetzgebungen ein, welche mit Bezug auf den Eigenthumsübergang auf dem Boden des gemeinen Rechts stehen. Auch sie kennen gewissermaßen zwei Arten von Eigenthum, ein formales und ein materielles. Sie lassen das Eigenthum durch Tradition und Bezahlung resp. Creditirung des Kaufpreises übergehen (materielles Eigenthum), geben aber nur demjenigen, welcher in dem Hypothekenbuch als Eigen-

---

wenn das Gut beweret und in des kauffers gewalt oder gewere geantwurt ist; da sich aus der Nürnberger Reformation nicht entnehmen läßt, daß die Insinuation oder Auflassung überhaupt gefordert wurde, ist bei der bewerung wohl an eine feierliche Besitzübertragung zu denken. — Von den neueren Gesetzbüchern bestimmen dies auch Preuß. Landr. I. 11. §. 95, 100, Oestr. Ges.-B. §. 1048, 1051, 1064.

282) Baumeister I. S. 137. N. 36; selbst eine Clausel, welche der Käufer nach der Bezahlung im Grundbuch hat eintragen lassen, sichert ihn nicht beim Conkurs des Veräußerers I. S. 211. N. 3. b. — Vgl. auch Leonhardt S. 147.

283) Hommel rhaps. n. 347, Seuffert VI. n. 145 (O.-A.-G. z. Dresden). Für Sachsen-Meiningen Kümpel §. 168. — So entscheidet auch bereits die Erläuterung v. J. 1767 zum Churköln. Landr. XII. §. 1 (Maurenbrecher I. S. 441).

thümer eingetragen ist (formeller Eigenthümer) die Berechtigung zu Dispositionen, welche durch Eintragungen durchgeführt werden: nur er kann einen Andern als Eigenthümer eintragen lassen, hypothekarische Schulden machen, sonstige Lasten auf das Gut legen u. s. w. Der Eine ist Eigenthümer, der Andere gilt dem Gericht gegenüber als Eigenthümer.

Dies ist die Auffassung des Würtembergischen Landrechts[284]): obgleich hier nicht einmal eine Vermuthung besteht, daß der im Hypothekenbuch als Eigenthümer Eingetragene auch wirklich Eigenthümer sei, kann er Hypotheken bestellen, welche auch gegenüber dem wahren (materiellen) Eigenthümer verbindlich sind; und es dürfen diese Hypotheken nicht durch den Beweis angefochten werden, daß der Verpfänder oder sein Rechtsnachfolger zur Zeit der Bestellung nicht Eigenthümer war. Aehnlich verhält es sich nach dem Landrecht für Baden: dasselbe läßt dem französischen Recht entsprechend mit Abschließung des Veräußerungsvertrages das Eigenthum übergehen (art. 1583), fordert aber (art. 1583 a.) die Eintragung, weil ohne dieselbe der neue Eigenthümer vom Gericht nicht als solcher angesehen wird und keine Hypotheken aufnehmen kann.

Am bestimmtesten ist dieser Standpunkt im Preuß. Landrecht ausgebildet. Während die Hypotheken-Ordnung vom J. 1783 noch die rein formelle Behandlung festhält und kein doppeltes Eigenthum kennt[285]), hat das allgemeine Landrecht

284) Vgl. v. Wächter I. S. 978, II. S. 373 ff., 377 ff.

285) Hyp.-O. II. §. 92: „Derjenige, für welchen .... der titulus possessionis auf ein Grundstück berichtiget worden, ist für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen"; §. 94 bemerkt nur, daß Fälle denkbar seien, in welchen einem Andern „auf das Eigenthum des Guts ein besseres Recht, als dem neuen Acquirenten oder demjenigen, von welchem das Gut auf ihn gelangt ist, zusteht"

den gemeinrechtlichen Eigenthumserwerb anerkannt und dadurch einen sehr verzwickten Rechtszustand geschaffen. Nach ihm fordert die Erwerbung des Eigenthums die wirkliche Tradition von Seiten des Eigenthümers[286]) und genügt dazu nicht die Eintragung des neuen Erwerbers. Letztere erfolgt auf Grund eines gerichtlichen oder notariellen Vertrages; der einfache schriftliche Vertrag berechtigt nur zur Klage auf Errichtung eines förmlichen gerichtlichen oder notariellen Instruments[286a]). In einer gewissen Bevormundung der Parteien ist es dem Richter zugleich zur Pflicht gemacht, die Rechtsgültigkeit und Formgültigkeit des Geschäfts selbst zu prüfen (sog. Legalitäts-Prinzip)[286b]). Die Eintragung des Erwerbers giebt nicht Eigenthum, sondern nur die Legitimation dem Gericht gegenüber wie ein Eigenthümer über das Grundstück zu verfügen[287]).

So kam man auch hier dazu, ein doppeltes Eigenthum anzunehmen, ein materielles desjenigen, welcher das Grundstück durch Tradition erworben hat, und ein formales, fingirtes, Bucheigenthum dessen, welcher im Grundbuch eingetragen ist; sowohl das Landrecht, wie die Preußische Praxis sprechen von einem wahren Eigenthümer im Gegensatz gegen denjenigen, welcher als Eigenthümer erscheint, es aber nicht ist. Nur wer vom Eigenthümer durch Besitzübertragung Eigenthum erworben hat und als Eigenthümer eingetragen ist, ist

---

also es kann neben dem Eigenthümer Jemand Ansprüche auf das Eigenthum haben; derselbe ist aber nicht etwa ein besserer Eigenthümer.

286) Preuß. Landr. I. 10. §. 1, I. 11. §. 124—126.

286a) Preuß. Landr. I. 10. §. 15, 16 und Hypoth.-O. II. §. 60 ff.

286b) Vgl. darüber kurz Koch, Preuß. Privatr. I. S. 414 f.

287) Preuß. Landr. I. 10. §. 6. — Preuß. Hyp.-O. II. §. 55: „derjenige, auf dessen Namen der titulus possessionis eines Grundstücks in dem Hypothekenbuche eingetragen steht, ist dadurch legitimirt, über dieses Grundstück Dispositiones bei dem Hypothekenbuche vorzunehmen.“

nicht bloß wahrer, sondern auch vollkommen berechtigter Eigenthümer[288]); um ein Grundstück zu vindiciren muß daher der Kläger, selbst wenn er im Grundbuch eingetragen ist, noch nachweisen, daß er es durch Uebergabe vom wahren Eigenthümer erworben habe[289]).

Eine Folge dieser Gestaltung der Rechtsbildung ist es, daß der eingetragene Eigenthümer, wenn er nicht zugleich besitzt, unfähig ist, Eigenthum zu übertragen, weil er den Erwerber nicht in Besitz setzen kann, und daß wenn Jemand vom eingetragenen Eigenthümer ein Grundstück, welches sich im Besitz eines andern, nicht eingetragenen wahren Eigenthümers befindet, bona fide erwirbt, und etwa selbst eingetragen wird, er dasselbe vom besitzenden (wahren) Eigenthümer nicht vindiciren kann[290]).

Wenn auch §. 7 des Preuß. Landrechts I. 10 bestimmt:

> „Der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer wird, in allen mit einem Dritten über das Grundstück abgeschlossenen Verhandlungen, als der Eigenthümer desselben angesehen",

so kann er doch, wie es wenigstens die neuere Preußische Praxis ansieht, nur solche Rechte durch weitere Ingrossationen übertragen, zu deren Entstehung es keiner Tradition bedarf; wogegen die von ihm in der Zwischenzeit bestellten und gerichtlich eingetragenen Hypotheken der wahre Eigenthümer gegen

---

288) Preuß. Hyp.-O. II. §. 92; vgl. auch besonders Förster, Theorie u. Praxis des Preuß. Privatrechts III. S. 165 ff.

289) Die Preuß. Gesetzentwürfe über Grundeigenthum u. Hypothekenrecht nebst Motiven. Herausgeg. vom Kgl. Justiz-Ministerium. Berlin 1869. S. 33.

290) Preuß. Präj. v. 6. März 1854, Förster I. S. 122 f. Ueber das Schwanken der ältern Gesetzgebung u. Praxis vgl. auch Preuß. Gesetzentwürfe u. s. w. S. 32.

sich gelten lassen muß[291]). Der wahre Eigenthümer kann Eigenthum übertragen, aber wenn er nicht zugleich eingetragen ist, keine Hypotheken aufnehmen; der Bucheigenthümer kann Hypotheken bestellen, aber, wenn er nicht durch Tradition in den Besitz gekommen ist, nicht Eigenthum übertragen[292]).

Weitere Sätze des Preußischen Rechts sind: Conkurriren mit einander zwei Personen, welche dasselbe Grundstück, aber von verschiedenen Auktoren erhalten haben, so geht derjenige vor, dessen Auktor eingetragen ist; haben sie es von demselben eingetragenen Besitzer erworben, so geht derjenige vor, welcher zuerst eingetragen ist, jedoch nur wenn er nicht wußte, daß ein Anderer einen ältern Titel hat; ist keiner eingetragen, so geht derjenige vor, welcher den ältern Titel für sich hat[293]).

Indem das Preußische Landrecht den Erwerb für widerruflich erklärt, wenn der Erwerber es wußte, daß ein Anderer vorher einen auf die künftige Erwerbung gerichteten Vertrag abgeschlossen habe, und so dem ältern Contrahenten eine Klage auf Aufhebung des Eigenthumserwerbes gewährt, trägt es in ganz ungehöriger Weise obligationenrechtliche Motive in das Sachenrecht hinein.

Um den Conflikten zu begegnen, welche sich aus der Möglichkeit ergeben können, daß zwei Personen als Eigenthümer derselben Sache, aber mit verschiedenen Berechtigungen erschei-

291) Vgl. Koch zu §. 7 des A. L.-R. I. 10 und das O. Trib. Präjud. v. 5. Apr. 1839 (Koch zu §. 8); A. L.-R. I. 20. §. 410.

292) In Folge der Berücksichtigung der Grundsätze über bona fides wird aber eine Ausnahme statuirt: der Dritte erwirbt von dem Bucheigenthümer keine Rechte, wenn er wußte, daß dieser nicht wahrer Eigenthümer ist, oder daß ein Anderer einen ältern Titel hat, oder wenn sich die Zweifelhaftigkeit des betreffenden Rechts aus dem Hypothekenbuch ergiebt, Pr. Landr. I. 10. §. 10, 11, §. 24, 25.

293) Pr. Landr. I. 10. §. 18–20, §. 25. Vgl. über diese Collisionen Förster III. S. 170.

nen, verpflichtete das ältere Preußische Recht den neuen Erwerber innerhalb eines Jahres sein Besitzrecht im Grundbuch eintragen (den Besitztitel berichtigen) zu lassen[294]) und gebot dem Richter auf Befolgung dieser Vorschrift zu halten. Nach mehrfachem Schwanken der neueren Gesetzgebung hat zuletzt die Kabin.-Ordre v. 31. Oktober 1831 die landrechtliche Bestimmung (I. 10 §. 12—14) suspendirt und die Umschreibung von dem Belieben der Parteien abhängig gemacht[295]). Gerade seitdem die Zwangstitelberichtigung gefallen ist, haben sich die Schwierigkeiten in der Behandlung des doppelten Eigenthums vermehrt und herrscht vielfache Unsicherheit in Praxis und Theorie[296]). Es ist daher dringend geboten der Ungewißheit darüber, wer im konkreten Fall als Eigenthümer anzusehen sei, durch ein einfaches Prinzip ein Ende zu machen und die Eintragung unbedingt als Erwerbsgrund des Eigenthums hinzustellen, wie dies die neueren Gesetzentwürfe in Preußen thun.

IV. Die neueste Zeit.

§. 27.

Die ganze historische Entwickelung hat uns gelehrt, daß zu keiner Zeit in ganz Deutschland einheitliche, gleichmäßige Grundsätze über den Erwerb des Eigenthums an Grundstücken geherrscht haben, sondern in jeder Periode eine mehr formale neben einer mehr materiellen Richtung bestand und jede derselben in der Gesetzgebung ihren Einfluß äußerte. Die neueste

294) Preuß. Hyp.-O. II. §. 49 ff., Landrecht I. 10. §. 12—14.

295) Vgl. darüber auch F. C. Arnold, Prakt. Erörterungen I. n. 3, welcher sich auch für Baiern de lege ferenda gegen die Zwangstitelberichtigung erklärt.

296) Vgl. darüber neuerdings Förster III. S. 165 ff.

Rechtsbildung geht darauf aus, durch Befolgung des formalistischen Prinzips Sicherheit für den Realkredit zu gewinnen. Man darf nicht eigentlich behaupten, daß sie damit zu den ältern, deutschrechtlichen Grundsätzen zurückkehrt, sondern nur, daß sie die eine im deutschen Recht vorhandene, dem Römischen Recht fremde Richtung bevorzugt.

Dies neueste System läßt sich kurz dahin charakterisiren: Der neue Erwerber wird Eigenthümer, wenn er als solcher im Grundbuch eingetragen wird; die Tradition ist für den Eigenthumserwerb gleichgültig und bedeutungslos. Wer im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen ist, gilt als solcher in jeder Beziehung; er allein ist berechtigt, das Grundstück zu veräußern und zu belasten; wer von ihm Rechte erwirbt, braucht nicht den spätern Einwand zu befürchten, von einem Nicht-Eigenthümer erworben zu haben. Man pflegt dies System als das der Auflassung zu bezeichnen, indem man unter Auflassung die Erklärung des eingetragenen Eigenthümers vor dem Richter versteht, sein Recht auf den Andern übertragen zu wollen.

Wir haben es oben §. 21 nachgewiesen, daß dies Prinzip bereits in einer Anzahl älterer Legislationen ausgesprochen ist, in Lübeck, Hamburg, Frankfurt, Lüneburg, in dem Jülich-Bergischen und dem Churkölnischen Landrecht, in Braunschweigischen und Mecklenburgischen Gesetzen. Hier gehen wir auf diejenigen Gesetzgebungen ein, welche es in neuester Zeit zur Geltung gebracht haben.

Zuerst ist das Oesterreichische Gesetzbuch zu nennen, welches eine Hinneigung zu dem Insinuationsprinzip zeigt,

> § 431: „Zur Uebertragung des Eigenthums unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden."
>
> § 321: „Wo sogenannte Landtafeln, Stadt- oder

Grundbücher, oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, wird der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes[297]) auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt."

Von ganz besonderm Einfluß auf die Ausbreitung des Prinzips war die in dieser Richtung vielfach beachtete Mecklenburgische Gesetzgebung; die neueste Redaktion derselben, die revidirte Stadtbuch-Ordnung v. 21. Dez. 1857. §. 5 bestimmt:

> „Das Eigenthum der städtischen Grundstücke kann nur durch die Verlassung — die Eintragung des neuen Eigenthümers in die erste Rubrik — übertragen und erworben werden. Dieselbe geschieht zu allen Rechtsfolgen ohne Ausnahme, ohne daß es der Uebergabe des Grundstücks bedarf[298])."

Ferner die Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung vom 30. Juli 1860:

297) Es ist zu bemerken, daß das Gesetzbuch im Anschluß an den vulgären Sprachgebrauch Besitz und Recht zu besitzen verwechselt; so sagt auch §. 441, daß durch die Eintragung der neue Eigenthümer „in den rechtmäßigen Besitz" tritt; und doch findet sich §. 312 die ganz richtige Vorstellung von dem Erwerb des Besitzes. Man meint eben das Besitzrecht (die Gewere), wie auch §. 322 sagt: „ist aber die Sache unbeweglich und sind öffentliche Bücher eingeführt, so steht das Besitzrecht ausschließlich demjenigen zu, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist."

298) Es gilt dies aber nur für Stadtgüter; die Revidirte Hyp.-O. für Landgüter v. 18. Oktob. 1848, welche nicht Grundbuchordnung, sondern nur wesentlich Hypothekenordnung ist, enthält keine Bestimmungen über den Eigenthumserwerb; §. 9 sagt: „die Aufführung des zeitigen Eigenthümers im Hypothekenbuch geschieht nur für die Zwecke und zu den Rechtsfolgen des gegenwärtigen Hypothekengesetzes", d. h. also um zu bestimmen, wer Eintragungen bewirken lassen darf. Für Landgüter gelten die römischen resp. lehnrechtlichen Grundsätze über Erwerb des Eigenthums; vgl. auch v. Meibom, Meckl. Hyp.-R. 1871 S. 52.

§ 10: „Das Eigenthum eines Immobile kann, . . . nur bei einem öffentlichen Verkaufe durch Einhändigung des Züschlagsprotokolls, bei Veräußerungen unter der Hand durch Lassung . . . übertragen werden."

§ 12: Die Lassung vertritt „in jeder Hinsicht und mit der nämlichen Wirkung die Stelle der gemeinrechtlichen Tradition."

§ 13: Der Erwerber erlangt durch die Lassung „unbedingt das Eigenthum und vollkommene Sicherheit. Es findet daher gegen ihn überall keine Vindikation und kein Anspruch der Gläubiger des vorigen Eigenthümers . . . . weiter Statt."

Das Preuß. Gesetz vom 2. Febr. 1864 für den Justiz-Senat von Ehrenbreitstein, wo es an Grundbüchern fehlt, bestimmt in §. 2, daß das Eigenthum übergehe durch Aufnahme der entsprechenden Veräußerungsurkunde vor dem judex rei sitae.

Der Preuß. neueste Entwurf eines Gesetzes über Eigenthumserwerb vom J. 1871[299]) hat folgende Fassung:

I. § 1: Im Falle einer freiwilligen Veräußerung wird das Eigenthum an einem Grundstück nur durch

---

299) Ueber den Preuß. Entwurf v. 1864 vgl. Göppert in d. Preuß. Anwalts-Zeitung 1864. S. 264. — In der Session des Preußischen Landtages 1868, 69 wurde ein Entwurf eingebracht, welcher auch dem größeren Publikum durch den Druck bekannt gemacht wurde (die Preußischen Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht nebst Motiven. Herausgegeben vom Königlichen Justiz-Ministerium 1869). Ein modifizirter Entwurf wurde dann in der Session 1869, 70 eingebracht, auf welchen ganz besonders sich die Abhandlung von Bähr in diesen Jahrbb. XI. bezieht. Nach Vollendung meiner Arbeit und während ich einen Theil derselben bereits zum Druck abgegeben hatte, ist mir der neueste Preußische Entwurf zugänglich geworden, welcher Ende Nov. 1871 dem Preuß. Herrenhause vorgelegt ist. Ich habe denselben noch anhangsweise zu benutzen gesucht.

die auf Grund einer Auflassung und im Anschluß an dieselbe erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuch erworben.

§ 2: Die Auflassung eines Grundstücks erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamt abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des letzteren, daß er diese Eintragung beantrage.

§ 3: Ein Erkenntniß, durch welches der eingetragene Eigenthümer eines Grundstücks zur Auflassung rechtskräftig verurtheilt ist, ersetzt die Auflassungserklärung desselben [300]).

Einige andere, neuere Codifikationen vermischen das formalistische mit dem materiellen Prinzip in bedenklicher Weise; so bestimmt z. B. das Züricher Gesetzbuch §. 532:

„Das Eigenthum an Liegenschaften geht über unter Lebenden durch kanzleiische Fertigung."

Aber §. 534 fordert, damit das Eigenthum durch kanzleiische Fertigung übergehe, noch weiter,

„daß der Urheber (Auctor) der Uebertragung selber Eigenthümer oder ermächtigt sei, über das Eigenthum eines Andern zu verfügen"; ferner

---

300) Auf demselben Standpunkt stehen das Braunschw. Gesetz v. 19. März 1850, d. Hessen-Darmstädt. Gesetz v. 21. Febr. 1852. —

Gruchot in s. Beiträgen z. Erläuterung des Preuß. Rechts durch Theorie u. Praxis VIII. 1864. S. 564 führt noch folgende, mir unbekannt gebliebene Gesetzgebungen an, welche das Eigenthum und dingliche Recht ohne Besitzübertragung übergehen lassen:

Nassauisches Ges. v. 15. Mai 1851, Coburger G. v. 31. März 1852, Schwarzb.-Sondersh. v. 10. März 1852, Reuß j. Linie v. 20, 22. Nov. 1858, Anh.-Bernb. Ges. v. 25. Aug. 1862, Weimar'sches Gesetz v. 27. Mai 1839. §. 133.

„ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft“, und die „Eintragung dieses Rechtsgeschäftes in das Grundprotokoll.“

Eine Folge davon würde es sein, daß wenn A zu Unrecht als Eigenthümer eingetragen wurde, und später B C D der Reihe nach auf Grund richtiger Geschäfte eingetragen sind, das Eigenthum des D noch angefochten werden kann, weil keiner von ihnen allen trotz des Satzes „das Eigenthum geht über durch kanzleiische Fertigung“ und trotz all' ihrer bona fides hat Eigenthümer werden können.

Das Sächsische Civilgesetzbuch §. 276 hebt gleichfalls den Rechtsgrund zum Eigenthumserwerbe hervor:

„Eigenthum an Grundstücken wird durch Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erworben, ohne daß es dazu der Erwerbung des Besitzes bedarf. Die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung voraus[301].“

§. 28.

Nach jenen zuerst hervorgehobenen, zahlreichen Legislationen geht das Eigenthum über in Folge des formalen Akts der Auflassung, d. h. der Erklärung von Seiten des eingetragenen Eigenthümers Eigenthum übertragen zu wollen, und der Annahme dieser Erklärung von Seiten des Erwerbers, und der sich daran anschließenden obrigkeitlichen Eintragung in's Grundbuch[302]. Weder bedarf es der Tradition, noch der Bezah-

301) Vgl. auch noch den Baierischen Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches art. 56, vgl. mit art. 68, wo die „Vorlage der öffentlichen Beurkundung des Rechtsgrundes der Eintragung und der Einwilligung zur Eintragung von Seite desjenigen, gegen welchen der Eintrag gerichtet ist“, gefordert wird.

302) Ob auch die schriftliche Erklärung des Veräußerers genügt, um die Eintragung bewirken zu lassen, darüber gehen die Partikular-

lung oder Creditirung des Kaufpreises. Die Tradition erscheint überhaupt bei Immobilien als bedeutungslos und entbehrt meistens jeder Realität [303]), wie denn auch in solchen Rechtsgebieten, welche die Tradition für den Uebergang des Eigenthums fordern, diesem Requisit nur in sehr unvollkommener Weise nachgelebt wird; ohne daß eine reale Tradition stattfand, begnügt man sich hier mit der bloßen Bemerkung in dem Vertragsinstrument, daß sie erfolgt sei [304]). Die nackte zweiseitige Erklärung der Parteien vor Gericht tritt an die Stelle der auf Grund eines Rechtsgeschäfts erfolgten Tradition.

So wie das moderne Recht, entgegen der hergebrachten civilistischen Auffassung, daß eine Schuldurkunde der Angabe der causa debendi bedürfe, die einfache Erklärung „schuldig zu sein" für die Entstehung eines Schuldverhältnisses genügen läßt, so löst sich auch im Sachenrecht die Uebertragung des Eigenthums von dem sie motivirenden und veranlassenden Rechtsgeschäft los und kann das durch Eintragung erworbene

---

rechte aus einander; eine persönliche Erklärung des Veräußerers oder seines beglaubigten Bevollmächtigten fordert man in Hamburg, vgl. Baumeister I. S. 222. — Meistens sind auch schriftliche Anträge zulässig, so z. B. Sächsische Verordn. v. 9. Jan. 1865 §. 168, Neuvorpommern'sche Hyp.-O. §. 46. — Während die Preuß. Entwürfe von 1868 und von 1869 sich darüber nicht aussprechen, so daß also nach ihnen jedenfalls beide Arten von Anträgen gestellt werden könnten, verlangt der Entwurf von 1871 die mündliche Erklärung des Veräußerers und die gleichzeitige Anwesenheit und Erklärung des Erwerbers. Es wird hier also auch jede Stellvertretung bei der Auflassung ausgeschlossen, was meines Erachtens eine unnütze Erschwerung ist und in manchen Fällen die Eigenthumsübertragung ganz unmöglich macht.

303) Vgl. die hübsche Ausführung darüber von O. Bähr, in diesen Jahrbüchern XI. S. 62—65.

304) Vgl. z. B. v. Bar, das Hannoversche Hypothekenrecht S. 66.

Eigenthum nicht mehr wegen mangelnder Form des Veräußerungsgeschäfts angefochten werden[305]).

Wer ein Grundstück erwerben will ohne die Absicht auch als Eigenthümer zu gelten, wird durch das neuere Recht nicht dazu gezwungen. Wer also glaubt seine Zwecke durch den Besitzerwerb des Grundstücks zu erreichen, wer weder selbst das Eigenthum weiter auflassen noch belasten will[306]) und dem eingetragenen Eigenthümer so viel Glauben beimißt, um von ihm keinen Mißbrauch zu erwarten, ist durch kein Gebot der Besitztitelberichtigung genöthigt, sich eintragen zu lassen und dadurch Eigenthum zu erwerben[307]); er hat dann eine bonae fidei possessio, welche sich auf die Tradition von Seiten des Eigenthümers stützt, und kann durch die actio Publiciana oder durch possessorische Interdikte sein Recht oder seinen Besitz schützen.

Wenn der eingetragene Eigenthümer das Grundstück an mehrere Personen nach einander veräußert, wird nur derjenige

---

305) Preuß. Entw. v. 1871 §. 10: „Die Anfechtung [der Eintragung] ist auch auf Grund des Rechtsgeschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, statthaft, jedoch wird die mangelnde Form dieses Geschäfts durch die Auflassung geheilt."

306) Preuß. Entw. v. 1871 §. 5: „Das Recht der Auflassung und Belastung des Grundstücks erlangt aber der Erwerber erst durch seine Eintragung im Grundbuche."

307) Freilich gilt das Prinzip der Zwangstitelberichtigung doch noch nach manchen ganz neuen Gesetzen. So soll nach der Mecklenb. Stadtbuch-Ordnung von 1857, §. 7 die Eintragung erfolgen „innerhalb eines Jahres nach dem Eintritt des Rechtsgrundes, durch welchen die Veränderung veranlaßt worden ist." — Nach der Sächs. Verordn. v. 9. Jan. 1865 soll binnen 2 Monaten nach dem Vertragsabschluß der Antrag auf Umschreibung bei Strafe eingereicht werden. — Andere derartige Bestimmungen in den Gesetzen von Sachsen-Meiningen, Schwarzburg-Rudolstadt, bei Mascher, das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen S. 286, u. s. w.

Eigenthümer, welcher im Grundbuch eingetragen ist[308]), und es gilt dies auch dann, wenn derselbe den ältern Titel des Andern gekannt hat[309]). Denn der Veräußerungsvertrag, welchem keine Eintragung nachfolgte, giebt dem Erwerber nur Rechte seinem Contrahenten, nicht aber dritten Personen gegenüber; wer den ältern Titel hat, hat weder ein dingliches noch ein dinglich-wirksames Recht[310]).

Wo das Auflassungsprinzip rein durchgeführt ist, giebt die Verjährung weder Eigenthum noch einen Titel für die Eintragung[311]). Denn die einmal im Buch eingetragenen Rechte

---

308) Oesterr. Ges.-B. §. 440, Baumeister I. S. 108. — Ueber diese Bestimmung in andern Gesetzen vgl. die offiz. Ausgabe des Preuß. Entwurfs S. 36 f. — Der Preuß. Entwurf von 1868 sprach dies direkt aus und richtete sich damit gegen die entgegengesetzte Bestimmung von Landr. I. 10 §. 25 vgl. mit §. 19.

309) Preuß. Entw. von 1871. §. 4: „Die Kenntniß des Erwerbers eines Grundstücks von einem älteren Rechtsgeschäft, welches für einen Anderen ein Recht auf Auflassung dieses Grundstücks begründet, steht dem Eigenthumserwerb nicht entgegen."

310) Falls nicht nach dem betreffenden Landesrecht die Gefahr auf den Erwerber sofort mit dem Abschluß des Vertrages übergeht, ist als Moment für diesen Uebergang die Zeit der Eintragung anzusehen und ist es ohne Bedeutung, daß etwa die Tradition noch nicht erfolgt ist. Doch nehmen die Motive zu dem Preuß. Entwurf von 1868 (Offizielle Ausgabe S. 44) an, daß wenn die Tradition der Auflassung voranging, auch die Gefahr bereits übergegangen sei, da der Empfänger wenn auch nicht Eigenthümer geworden, so doch durch die faktische Beherrschung in die Lage versetzt sei, alles zu thun oder zu unterlassen, was eine Gefahr herbeiführen oder abwenden könne. Demgemäß bestimmte §. 8: „Die Gefahr der Sache geht durch die Eintragung auf den Erwerber über, wenn ihm auch noch nicht übergeben ist." Der Entwurf von 1869 und von 1871 läßt diesen Paragraph fort, und die Motive nehmen das Weiterfortbestehen der landrechtlichen Vorschrift an (vgl. I. 11 §. 95), wonach die Gefahr mit der Uebergabe der Sache den Erwerber trifft.

311) Dies ist schon nach dem Preuß. Landr. I. 9. §. 511 anzunehmen (vgl. aber oben S. 238 N. 273); direkt sagt es die Neuvor-

gehen nicht anders als durch Löschung verloren und auch die Dereliktion des Guts bringt keinen Verlust mit sich; erklärt aber der eingetragene Eigenthümer vor Gericht, sein Eigenthum aufgeben zu wollen, so wird es als bonum vacans behandelt[312]).

§. 29.

Gegenüber dem Rechtsgeschäft, welches der Auflassung vorhergeht und den Grund für sie abgiebt, nehmen die neueren Gesetzgebungen eine verschiedene Stellung ein. Der Standpunkt freilich ist längst aufgegeben, daß es der Richter seiner Zweckmäßigkeit nach zu prüfen und, wenn er es billigt, zu bestätigen habe. Aber meistens wird gefordert, daß der Richter Kenntniß von dem Rechtsgeschäft zu nehmen habe und nur nach den ganz modernen Legislationen erscheint der Inhalt des Vertrages für die Vornahme der Auflassung gleichgültig und genügt es für den Richter, wenn ihm der Veräußerer seinen Willen, Eigenthum zu übertragen, kundgiebt, wodurch denn der alt-germanische Standpunkt wieder zur Geltung gebracht ist.

Das Oesterr. Gesetzbuch verlangt eine schriftliche Urkunde, welche zugleich die Bewilligung des Veräußerers enthalten soll,

---

pommern'sche Hypotheken-O. §. 30, das Sächs. G.-B. §. 279, vgl. auch §. 151; auch der Baierische Entwurf eines Bürgerl. Ges.-B. III. art. 149, 150 nennt nicht die Verjährung als Rechtsgrund für den Erwerb des Eigenthums oder eines Titels für die Eintragung. — Preuß. Entw. von 1871 §. 6: „Gegen den eingetragenen Eigenthümer findet ein Erwerb des Eigenthums an dem Grundstück durch Ersitzung nicht statt." Dagegen erwirbt nach dem Oesterr. G.-B. §§. 1468, 1470, vgl. auch 1479, auch da, wo Hypothekenbücher bestehen, der redliche, nicht eingetragene Inhaber das Recht durch Ausübung nach 30 Jahren; vgl. auch oben N. 274.

312) Sächs. Ges.-B. §. 294.

daß der Erwerber eingetragen werde; diese Urkunde soll den Grundbüchern einverleibt werden[313]). Nach Sächsischem Recht ist mit dem Antrage auf Eintragung die Nachweisung des Rechtsgrundes und die Rechtfertigung des Antrages zu verbinden und soll in dem Hypothekenbuch neben dem Eigenthümer der Rechtsgrund seines Eigenthums und im Fall des Kaufs die Kaufsumme eingetragen werden[314]). Das Baierische Recht fordert, daß alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum von Immobilien oder die Entstehung von dinglichen Rechten betreffen, bei Strafe der Nichtigkeit in Notariatsurkunden zu errichten seien und der Notar diese Urkunden dem Hypothekenamt mitzutheilen habe[315]). Auch das Mecklenburger Recht verlangt eine Erklärung der Betheiligten darüber, ob und welche Kaufgelder oder dem ähnliche für den Uebergang des Eigenthums festgesetzte Leistungen zu entrichten sind, und will, daß diese vor allen neuen Intabulaten in der betreffenden Rubrik eingetragen werden[316]).

Während hier die Vorlegung der betreffenden Urkunden genügt, halten einige neueste Legislationen das längst verurtheilte Legalitäts-Prinzip noch aufrecht. So soll nach Sächsischem Recht die Hypothekenbehörde die Anträge prüfen

313) Vgl. Oesterr. G.-B. §. 431, 434; bei Bauergütern genügt die Anzeige von dem Geschäft an die Obrigkeit §. 433. — Vgl. auch Oesterr. Notar.-Ordn. v. 29. Nov. 1850.

314) Sächs. VO. v. 9. Jan. 1865. §. 169 und §. 114 und 133. — Ueber die beizubringenden Urkunden vgl. Sächs. Ges.-B. §. 822 u. die angef. VO. §. 170—172.

315) Baier. Notar.-O. v. 10. Nov. 1861 art. 14 (Mascher S. 411 f.). — Der Baier. Entw. des Gesetzbuchs III. art. 68 macht die Eintragung abhängig von der Vorlage „der öffentlichen Beurkundung des Rechtsgrundes der Eintragung."

316) Mecklenb. Revid. Stadtbuch-Ordn. §. 9.

und die sich aus den Unterlagen zu denselben ergebenden Mängel oder Anstände dem Antragsteller eröffnen[317]).

Doch wird dieser Standpunkt in neuester Zeit im allgemeinen verlassen: es ist nicht mehr der Richter für die Rechtsgültigkeit derjenigen Geschäfte verhaftet, auf Grund deren die Eintragung erfolgt, sondern es gilt lediglich als Sache der Betheiligten ihre Interessen zu wahren[318]). Nach den neuesten Preußischen Entwürfen sind die Beamten nicht einmal berechtigt, eine Eintragung oder Löschung wegen Mängel des Rechtsgeschäfts zu beanstanden oder überhaupt nach dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft zu fragen, sondern genügt es, wenn ohne Bezugnahme auf die unterliegende causa der Veräußerer die Eintragung bewilligt und der Erwerber sie beantragt[319]).

Der vor dem Richter erklärte Wille des Eigenthümers ist es also, welcher Eigenthum überträgt, und wenn sich dieser Wille auch als das Resultat eines vorhergehenden Rechtsgeschäfts ergiebt, so ist dasselbe doch für den Eigenthumsübergang ohne Bedeutung. So wie der Wechsel seine Causa hat, dieselbe aber für seine Rechtsbeständigkeit bedeutungslos ist, so ist auch der Eigenthumsübergang lediglich die Folge einer auf ihn gerichteten Willenserklärung. Der Inhalt des

317) Sächs. BO. v. 1865 §. 94. — Schwarzb.-Rudolst. Ges. v. 6. Juni 1856 (Mascher S. 316 N. 1): die Eintragung setzt voraus einen rechtmäßigen Erwerbstitel und die Bescheinigung dieses Titels, sowie den Nachweis des Eigenthumsrechts des Veräußerers durch öffentliche Urkunden oder Feststellung derselben durch Ediktalladung.

318) Meckl. Hyp.-O. für Landgüter v. 1848 §. 34, Meckl. Stadtbuch-O. v. 1857 §. 54, Neuvorpommern'sche Hyp.-O. §. 50.

319) Vgl. §. 77 des Preuß. Entw. von 1868, und §. 47 des Entw. der Grundbuchordnung von 1871: „Das Grundbuchamt ist nicht berechtigt, eine beantragte Eintragung oder Löschung wegen Mängel des Rechtsgeschäfts, welches der Eintragungs- und Löschungsbewilligung zu Grunde liegt, zu beanstanden."

Veräußerungsgeschäfts kann später einen Grund abgeben, um die Löschung der Eintragung zu bewirken. Die mangelhafte Form des Veräußerungsgeschäfts (vgl. oben N. 305.) giebt aber weder einem Betheiligten einen Grund, die erfolgte Eintragung anzufechten, noch den Beamten, die Eintragung zu beanstanden, und ist nur insofern von Bedeutung, als die Partei, welcher von dem andern Contrahenten die Eintragung verweigert wird, keine Klage hat, um sie durch gerichtliches Erkenntniß zu erzwingen.

Selbstverständlich ist es aber, daß wenn dem Richter auch ein großer Theil seiner früheren Prüfungspflicht abgenommen ist, er doch auch noch ferner die Dispositionsfähigkeit der Parteien in gewissem Umfange zu prüfen hat: vor allen Dingen, ob derjenige, welcher als Veräußerer auftritt, mit dem im Buch eingetragenen Eigenthümer identisch ist, ob der Erwerber wirklich derjenige ist, für welchen er sich ausgiebt, ob sich aus dem Buch Veräußerungsbeschränkungen ergeben, resp. erhellt, daß der Consens noch anderer Personen einzuholen ist, ob die Parteien dispositionsfähig oder wegen Minderjährigkeit, Geisteskrankheit, Prodigalitätserklärung handlungsunfähig sind, ob, wenn ein Minderjähriger die Veräußerung vornimmt, nicht bloß der Vormund diesen Willen hatte, sondern auch die obervormundschaftliche Genehmigung eingeholt ist u. s. w. [320]). Er hat alle diese Fragen nicht mit Rücksicht darauf zu beantworten, ob die Parteien das Rechtsgeschäft abschließen dürfen, welches durch die Auflassung zu seiner Ausführung gelangt, sondern nach der Richtung hin, ob sie in gültiger Weise die auf den Eigenthumsübergang gerichteten Erklärungen abgeben dürfen.

---

320) Preuß. Entwurf von 1868 und von 1869 §. 3; der Passus fehlt als selbstverständlich in dem Entwurf von 1871.

Der Inhalt des Hypothekenbuchs genießt publica fides, weil es von Beamten nach bestimmten Instruktionen geführt wird. Es ist jeder, so lange er in bona fides ist und nicht die Anfechtbarkeit oder Irrthümlichkeit der Eintragungen kennt, berechtigt ihren Inhalt für richtig und unanfechtbar zu halten [321]); Niemand darf sich mit Unkenntniß derselben entschuldigen [322]). Darum kann jeder Interessent von dem Inhalt des Hypothekenbuchs Kenntniß nehmen [323]).

Nur gelegentlich mag noch erwähnt werden, daß wer ein Recht auf Eintragung zu haben glaubt, ohne es vorläufig vollgültig beweisen zu können, und wer ein Widerspruchsrecht gegen spätere Veräußerungen oder Belastungen von Seiten des eingetragenen Eigenthümers zu haben behauptet, seine Rechte durch Eintragung eines auf sein Ansuchen vom Richter genehmigten Vermerks (Klausel, Protestation) im Hypothekenbuche sich sichern lassen kann [324]).

§. 30.

Weil die Eintragung ohne Rücksicht auf das vorangegangene Rechtsgeschäfts erfolgt, ist es möglich, daß Jemand als Eigenthümer pro forma eingetragen wird, welcher thatsächlich gar nicht beabsichtigt, die Rechte des Eigenthümers zu

321) Z. B. Mecklenb. Stadtb.-O. §. 36, Baumeister I. S. 175 ff. — Gegen die Unterlassung von Eintragungen findet keine Restitutio in int. statt, z. B. Sächs. VO. 1865. §. 122.

322) Z. B. Preuß. Landr. I. 4. §. 19, Baumeister I. S. 108 f.

323) Wer zu den Interessenten zu zählen sei, haben wir hier nicht zu beantworten; vgl. darüber z. B. Meckl. Hyp.-O. 1848. §. 39, Stadtbuch-O. v. 1857 §. 47, Sächs. VO. §. 96, 97, Neuvorpomm. Hyp.-O. 1868. §. 44.

324) Vgl. darüber beispielsweise v. Wächter II. S. 391 ff., Oesterr. G.-B. §. 438, 439, Neuvorpomm. Hyp.-O. §. 52, 108 ff., Preuß. Entw. v. 1871. §. 8.

erwerben und für sich auszuüben: er wird nur zum Schein Eigenthümer, um die formellen Eigenthumsrechte zu Gunsten eines Andern auszuüben. In solchen Fällen darf ihn aber doch Jeder als Eigenthümer ansehen, und muß auch derjenige zu dessen Gunsten er sich eintragen ließ, alle Handlungen gelten lassen, welche er vor den Grundbuchbeamten vollzog. Dies Institut der pro forma Eintragung ist noch heutzutage in Hamburg in Gebrauch[325]).

Nur der Eingetragene ist Eigenthümer. Doch ist er auf Grund des kontraktlichen Verhältnisses mit dem Andern verpflichtet, dem Willen desselben gemäß mit dem Gut zu verfahren und haftet ihm für Zuwiderhandlungen. Für dritte aber ist dies Contraktsverhältniß ohne Bedeutung. Falls daher der pro forma Eingetragene Conkurs macht, wird das Gut zu seiner Conkursmasse gezogen, zum Nachtheil dessen, für welchen er als Eigenthümer figurirt. Und selbst wenn eine Clausel eingetragen war, daß das Gut nicht ohne den Consens der andern Person veräußert werden solle, wird dieselbe doch im Conkurs hinfällig[326]). Ueberhaupt gilt ziemlich allgemein im modernen Recht der Grundsatz, daß zu der Conkursmasse nur diejenigen Grundstücke, aber auch sie alle gezogen werden, welche im Grundbuch auf den Namen des Cridars eingetragen sind, und es ist eine bloß ex aequitate hergeleitete Ausnahme, wenn nach Sächsischem Recht der titulirte gutgläubige Besitzer im Fall erfolgter Bezahlung oder Creditirung des Kaufpreises selbst eine Klage auf Auflassung gegen die Conkursgläubigerschaft hat[327]).

Es ist aber auch weiter möglich, daß Jemand völlig zu

---

325) Baumeister I. S. 207 ff., vgl. auch oben S. 175 N. 89.
326) Vgl. Baumeister I. S. 217 ff., S. 211. N. 3b.
327) Schmidt, Vorlesungen über Sächs. Privatr. I. S. 212, 216.

Unrecht, gegen die für den Erwerb dinglicher Rechte im übrigen geltenden Grundsätze eingetragen wird. Z. B. A ist als Eigenthümer eingetragen, X giebt sich vor Gericht für A aus oder producirt eine gefälschte Vollmacht des A, und der Richter trägt ohne sorgfältige Prüfung auf sein Verlangen den B als Eigenthümer ein.

Solche Fälle hat Bähr in seiner Kritik der preußischen Gesetzentwürfe[328]) im Auge, wenn er behauptet, daß gelegentlich auch nach dem neuesten Recht ein doppeltes Eigenthum anzunehmen sei. Wenn auch meistens der Eingetragene nicht bloß formell, sondern auch dem materiellen Recht nach Eigenthümer sei, so gebe es doch auch Fälle, in denen ein Anderer, als der Eingetragene wahrer, materieller Eigenthümer sei.

Und die Motive zu dem neuesten Preußischen Entwurfe (S. 33) geben dies auch in gewissem Umfange zu; man wolle nicht behaupten, „daß die Eintragung unter allen Umständen das Eigenthum giebt. Gewiß wird derjenige trotz der erhaltenen Eintragung nicht Eigenthümer, der seine Auflassung von einer Person erhalten hat, die dem Buchamt fälschlich als der eingetragene und deshalb zur Veräußerung berechtigte Eigenthümer vorgestellt worden ist, gewiß auch der Erbe nicht, wenn die Erbbescheinigung eine falsche oder gefälschte gewesen und wenn das Testament hinterher aus irgend einem Grunde, z. B. weil ein jüngeres aufgefunden worden, für ungültig erklärt werden mußte. In allen solchen Fällen ist die Eintragung eine falsche, sie hat das Eigenthum nicht erwerben lassen, und der außerhalb der Eintragung stehende Eigenthümer kann die falsche Eintragung anfechten. Der öffentliche Glaube des Buchs hindert aber, wenn auch die Eintragung des Eigenthümers sich später als eine falsche erweist, daß die Rechte der-

---

328) In diesen Jahrbüchern XI. S. 45 ff., 66 ff., 75 ff.

jenigen angefochten werden dürfen, welche sie von dem zur Zeit eingetragenen Eigenthümer erhalten haben".

Wir zögern, uns dieser Auffassung anzuschließen und finden kein Bedenken auch denjenigen, welcher in Folge eines Versehens oder Delikts eingetragen ist, als Eigenthümer zu betrachten. Denn auch er ist (vgl. §. 7 des Entwurfs) „kraft der Eintragung befugt, alle Klagerechte des Eigenthümers auszuüben und verpflichtet, sich auf die gegen ihn als Eigenthümer des Grundstücks gerichteten Klagen einzulassen"; wenn gleich seine Eintragung angefochten werden kann, so bleiben doch (vgl. §. 9 des Entwurfs) „die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte in Kraft."

Wir ziehen zur Analogie die Inhaberpapiere herzu. Auch hier ist es möglich, daß der Besitzer eines Inhaberpapiers, also der Gläubiger, nicht Eigenthümer desselben ist; dann ist aber nicht etwa der Eigenthümer des Papiers wahrer Gläubiger, sondern er hat nur eine Vindikation, welche ihm dazu verhilft in den Besitz des Papiers und damit zur Gläubigerschaft zu gelangen.

Ganz ähnlich kann bei dem Eigenthumsübergange durch Umschreibung das formale Recht zu einem vom materiellen Recht abweichenden Resultat führen: der durch Versehen gelöschte Eigenthümer ist nicht mehr Eigenthümer, aber er hat aus einem Quasi-Delikt wegen des Verlustes seines Eigenthums Anspruch auf Entschädigung und kann, wenn der in Folge des Versehens oder eines Delikts Eingetragene das Eigenthum an dem Grundstück noch nicht durch eine neue Eintragung veräußert hat, auf Rückübertragung des Eigenthums klagen. „Die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen können angefochten werden" (Preuß. Entw. §. 9). Wie ein Käufer gegen den die Auflassung verwei-

gernden Verkäufer, so kann auch der frühere Eigenthümer gegen den jetzt eingetragenen die Auflassung durch Klage und richterliches Urtheil durchsetzen.

Es liegt kein Widerspruch darin, daß Jemand mala fide oder in Folge eines Versehens Eigenthümer geworden ist; dies gilt auch von demjenigen, welcher Kenntniß hatte (Preuß. Entw. §. 4) „von einem älteren Rechtsgeschäft, welches für einen Anderen ein Recht auf Auflassung dieses Grundstücks begründet". Er ist nicht bloß formell, sondern in jeder Beziehung Eigenthümer, aber er muß sein Eigenthum einem Andern abtreten und kann dazu durch Urtheil genöthigt werden.

Wir glauben nicht, daß der ganzen Struktur des modernen Auflassungsrechts die Behauptung entspricht, daß derjenige, welcher durch Delikt oder Versehen aufgehört hat Bucheigenthümer zu sein, doch noch Eigenthümer sei, und können dem Bähr'schen Satz (S. 47) nicht zustimmen, daß die Klage, mit welcher er sein fortdauerndes materielles Recht geltend macht, „eine Eigenthumsklage" sei[329]). Denn sie ficht nur, gestützt auf außerhalb der Eintragung liegende Thatsachen, die Eintragung selbst an und fordert deren Löschung und die Aufhebung des zur Zeit dem Gegner zukommenden Eigenthums: sie ist eine persönliche Klage auf Rückübertragung des Eigenthums oder auf Entschädigung.

Eine Folge davon, daß es nur einen Eigenthümer giebt ist es, daß derjenige, welcher auf Grund seines materiellen Rechts gegenüber dem Bucheigenthümer im Prozeß obsiegt, doch die von dem Bucheigenthümer in der Zwischenzeit zu Unrecht

---

329) S. 81 charakterisirt er diese „Eigenthumsklage" dadurch, daß sie „gleichsam eine Vindikation des Eintrags gegen den unrechtmäßigen Besitzer desselben sei" —, gewiß eine sehr wenig präcise Fassung.

vorgenommenen Eintragungen anerkennen muß. Es rechtfertigt sich dies zugleich aus dem öffentlichen Glauben, welchen die Grundbücher genießen müssen: Jeder ist berechtigt denjenigen, welcher eingetragen ist, auch als den wahren und zu Recht eingetragenen Eigenthümer anzusehen.

Doch ergiebt sich aus Zweckmäßigkeitsrücksichten eine Beschränkung: wer es weiß, daß Jemand mit Unrecht eingetragen ist, darf sich nicht auf die publica fides des Buchs berufen; es läge darin eine Verletzung seiner eigenen bona fides. Darum sind gegenüber der Klage dessen, welcher eine Eintragung anficht, resp. die seinige fordert, nur diejenigen geschützt, welche bona fide d. h. ohne von der unrechtmäßigen Eintragung ihres Auktor Kunde zu haben, sich haben eintragen lassen.

Dies ist denn auch durch die modernen Gesetzgebungen anerkannt; z. B. Sächsisches Gesetzbuch §. 278:

> Ist die Eintragung in Folge eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrundes geschehen, so ist der eine Betheiligte gegen den anderen berechtigt, die Löschung der Eintragung zu verlangen. Sind Dritte später als Eigenthümer eingetragen worden, so kann eine Löschung ihrer Eintragung nur verlangt werden, wenn sie zur Zeit derselben von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes der früheren Eintragung Kenntniß hatten [330]),

und ähnlich in zahlreichen andern Gesetzen [331]). Der durch die Berathungen des Abgeordnetenhauses modifizirte Preußische Entwurf von 1869 §. 8 und der neue Entw. v. 1871. §. 9

330) Es ist dies auch schon älteres sächsisches Recht, Haubold §. 175. e. N. g.

331) Z. B. Meckl. Hyp.-O. f. Landgüter § 25. 2) 3); Mecklenb. Rev. Stadtbuch-O. 36. 3) vgl. mit 36. 2), 37. 1), 4).

enthält dasselbe Prinzip, fügt aber noch die Einschränkung hinzu, daß nur die titulo oneroso erfolgten Eintragungen Bestand behalten:

> „Es bleiben jedoch die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte in Kraft[332]).“

Durch den Schutz, welchen der bonae fidei Erwerber gegen jede spätere Anfechtung seines Rechts auf Grund eines mangelhaften Rechts seines Auktor genießt, nähert sich das Immobiliar- auch dem Mobiliar-Sachenrecht an; denn es gilt für das letztere in moderner Zeit das auf alt-germanischer Basis ruhende Prinzip, daß der bonae fidei possessor der Vindikation des Eigenthümers gegenüber zu schützen sei.

Für den Widerspruch gegen eine unrechtmäßige Eintragung gewährt das Oesterr. G.-B. §. 1467 einen Zeitraum von 3 Jahren. Durch den Ablauf von 3 Jahren ohne Widerspruch verwandelt sich, analog den Grundsätzen über die rechte Gewere, das der Anfechtung ausgesetzte in ein unanfechtbares Eigenthum. Es ist dies keine Acquisitivverjährung: es entsteht nicht aus Nicht-Eigenthum durch die Zeit Eigenthum,

---

332) Nach dem Entwurf von 1868 §. 7 sollten ohne Einschränkung in Kraft bleiben „alle in der Zwischenzeit begründeten Rechte dritter Personen auf das Grundstück“; vgl. dagegen Bähr S. 47. — Der Entwurf von 1869 wollte die „im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs“ erworbenen Eintragungen schützen. Die Rücksicht auf den onerosen Erwerb kam im Preuß. Abg.-Hause hinzu. Man befolgte dabei das auch in dem Baier. Entwurf III. art. 59 (vgl. auch art. 77) enthaltene Prinzip: „Beschränkungen des Berechtigten in der Verfügung über sein Recht an der Liegenschaft wirken .... gegen denjenigen, auf welchen er Rechte an der Liegenschaft überträgt, nur dann, wenn der thatsächliche Grund der Beschränkung zur Zeit ihres Rechtserwerbs im Grundbuche eingeschrieben oder ihnen sonst bekannt war, oder wenn ihr Erwerb auf einem freigebigen Titel beruht.“

sondern es wird anfechtbares Eigenthum zu definitivem in ganz derselben Weise, wie das in Folge vertragsmäßiger Bestimmung revokable Eigenthum durch Fortfall der im Vertrag enthaltenen Bedingungen irrevokabel wird[333]).

§. 31.

Die bisher über den Erwerb des Eigenthums durch Auflassung entwickelten Rechtssätze gelten nur für den Fall, daß es auf Grund eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts erworben wird.

Der Erbe wird nicht erst in Folge seiner Eintragung in das Grundbuch Eigenthümer, sondern durch den Tod des Erblassers resp. durch Antritt der Erbschaft. In der ältern Zeit kam es nur ausnahmsweise vor, daß der Erbe von Gerichts wegen in den Besitz der ererbten Grundstücke eingesetzt wurde[334]). Wenn das neuere Recht verlangt, daß der Erbe sich in dem Grundbuch eintragen läßt, so besteht regelmäßig dies Gebot nicht, damit er Eigenthümer werde, — dies ist er schon auf Grund der erbrechtlichen Succession[335]) —, sondern

333) Das Oesterr. G.-B. §. 1467 sagt freilich: „Von unbeweglichen Sachen ersitzt derjenige, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, das volle Recht gegen allen Widerspruch ... durch Verlauf von 3 Jahren", vgl. Unger, Oesterr. Privatr. II. S. 284 f. und Exner, das Publicitätsprinzip. 1870. S. 13 f., 30 ff.

334) Nur wenn eine gerichtliche Einweisung stattgefunden habe, trete die rechte Gewere nach Jahr und Tag ein, sagt der Iglauer Rechtsspruch bei Tomaschek (Oberhof S. 69 f. n. 60) und die bei Laband S. 316 N. 62 nachgewiesene Magdeburger Gerichtspraxis. — In einer Urkunde bei Grimm, R. A. S. 175 wird der Erbe mit dem Thürring eingewiesen; in Frankfurt (Reform. VI. 2. 1) werden die Testamentserben mit Halm und Mund in den Besitz der Erbschaft eingesetzt.

335) Ich kann Beseler, deutsches Priv.-R. §. 91 II. (S. 341)

damit er über das Grundstück mit dinglicher Wirksamkeit Verfügungen treffen könne. Die Eintragung erfolgt auf den einseitigen Antrag des Erben, nachdem er die erforderlichen Bescheinigungen, besonders, daß er Erbe sei, beigebracht hat[336]). Wo die Zwangstitelberichtigung allgemein besteht oder bestand, schreiben die Gesetze eine bestimmte Frist vor, innerhalb deren die Eintragung des Erben zu erfolgen hat[337]); wo sie nicht gilt, ist die Eintragung die Bedingung für seine gerichtlichen Dispositionen[338]).

Für den Fall, daß Jemand aus dem Nachlaß das Grundstück erwirbt, ist es nicht erforderlich, daß die Erben zunächst und dann erst der Erwerber eingetragen werde, sondern ist es auch zulässig, daß auf die Erklärung der sämmtlichen Erben hin in dem Grundbuch der Name des neuen Erwerbers sofort nach dem des Erblassers eingetragen werde. Es gilt dies sowohl wenn das Grundstück von den Erben an einen Dritten

---

nicht zustimmen, daß die Erbschaft nicht Eigenthum, sondern „nur einen Rechtstitel für die Eintragung gewähre."

336) Z. B. Meckl. Rev. Stadtb.-O. §. 9; bei einem Benefizialerben bedarf es der Einwilligung der sämmtlichen Erbschaftsgläubiger, daselbst §. 8 n. 5. — Nach dem Recht der Sächs. Thür. Staaten fand eine Lehnsreichung von Seiten des Gerichts (investitura allodialis), aber natürlich ohne Lehnsauflassung statt, vgl. Heimbach §. 187 N. 3, 4. — Manche Gesetze erklären ausdrücklich, daß der Erbe nicht eingetragen zu werden brauche; so Bremer Erbe- u. Handfesten-Ordn. v. 1860. §. 14 d.

337) Kurbraunschw. VO. v. 1753 n. 3 (Leonhardt S. 13): „innerhalb 3 Monaten von Zeit des erhaltenen Besitzes zu rechnen." — Innerhalb eines Jahres Meckl. Stadtb.-O. §. 7, Sächs. VO. v. 9. Jan. 1865. §. 197; binnen 6 Monaten Sachs. Meining. Ges. v. 15. Juli 1862 (Mascher S. 286).

338) Vgl. z. B. Baier. Entw. III. §. 57.

veräußert wird[339]), als auch wenn es ein Legatar erwirbt oder wenn es bei der Erbesauseinandersetzung von den mehreren Miterben Einem unter ihnen zugewiesen wird[340]).

Man hat der modernen Gesetzgebung einen Vorwurf daraus machen wollen, daß das Eigenthum durch Auflassung nicht in allen Fällen, sondern nur bei Rechtsgeschäften unter Lebenden übertragen werde; der alte Gegensatz zwischen einem wahren und einem fingirten Eigenthümer sei also doch nicht überwunden[341]). Insbesondere urgirt Bähr (S. 45) den möglichen Fall, daß der Richter eine falsche Person als Erben eingetragen habe; dann sei der richtige Erbe wahrer Eigenthümer, welcher sein Eigenthum mit dem Tode des Erblassers erworben habe, während der eingetragene nur fingirter Eigenthümer sei.

Meines Erachtens ist dies Bedenken von keinem besondern Gewicht. Wenn der eingetragene Eigenthümer stirbt, kann man ihn, da ein Todter überhaupt keine Rechte hat, auch nicht mehr als Eigenthümer ansehen; es wird hier in selbstverständ-

---

339) Abweichend die Preuß. Hyp.-O. II. §. 74: „Wenn hingegen dergleichen Erben das ihnen zugefallene Gut weder in Communion behalten, noch Einem unter ihnen zuschlagen, vielmehr solches an einen Fremden veräußern wollen, so müssen sie den titulum possessionis im Hypothekenbuche erst für sich selbst in communione berichtigen, ehe solcher auf den dritten übertragen werden kann."

340) In Betreff der beiden letzten Fälle Preuß. Hyp.-O. II. §. 73. — Für alle Fälle: Sächs. Ges. v. 6. Nov. 1843 §. 172, Sächs. G.-B. §. 2286, Meckl. Stadtb.-O. §. 8 n. 4, Neuvorpomm. Hyp.-O. §. 58 ff., besonders §. 63, Preuß. Entw. v. 1868 §. 15, v. 1869 §. 5, von 1871 §. 5.

Daß es bei der Eintragung des Legatars des Nachweises der Genehmigung sämmtlicher Erben bedürfe, Preuß. Hyp.-O. II. §. 66, Preuß. Entw. v. 1868. §. 14; Wolfenb. Erkenntn. bei Seuffert XXI. n. 134.

341) So Bähr S. 44 ff.

licher Weise der Satz eingeschränkt, daß Eigenthümer ist, wer im Buch eingetragen ist. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gilt jetzt, bis ein neuer Eintrag erfolgt, sein Universal-Successor auch als sein Nachfolger im Eigenthum. Es ist das keine wirkliche Ausnahme von dem Prinzip, sondern nur eine unentbehrliche und selbstverständliche Modifikation. Der Erbe übt die Rechte des Eigenthümers so weit aus, als er es ohne gerichtlichen Eintrag vermag; er kann das Grundstück besitzen und nutzen, über dasselbe außergerichtlich verfügen und sich der possessorischen Rechtsmittel bedienen. Um aber gerichtliche Dispositionen zu treffen, die Eigenthumsklage anzustellen u. s. w. ist der Eintrag unumgänglich.

Wird nun ein Dritter zu Unrecht als Eigenthümer eingetragen, so wird er wirklicher, wahrer Eigenthümer und der richtige Erbe hört auf Eigenthümer zu sein. Sobald hinter dem Namen des Erblassers im Buch der Name des Dritten steht, hat der Satz seine Geltung verloren, daß die Rechte des Verstorbenen auf seinen Erben übergegangen seien. Der Erbe hat keine Eigenthumsklage, sondern nur aus seinem Erbrecht heraus eine Klage auf Tilgung der unrechtmäßigen Eintragung;

Dem Erbrecht verwandt ist der Fall der Vermögens-Succession in Folge der ehelichen Gütergemeinschaft; sie gewährt ein Recht auf die Eintragung; aber bis dieselbe erfolgt ist, gilt vor Gericht nur derjenige Gatte als Eigenthümer, welchem das Grundstück vor der Ehe allein gehörte [342]).

342) Oesterr. Ges.-B. §. 1236, Neuvorpomm. Hyp.-O. §. 66, Preuß. Entw. v. 1868 §. 9; in den spätern Entwürfen ist dieser Paragraph fortgefallen. — Die Bremer Handfesten-Ordnung v. 1860 §. 14 erklärt die Lassung im Falle der Gütergemeinschaft für überflüssig. — Das Preuß. Landr. II. 1 §. 365 ff. (vgl. auch Förster III. §. 209 N. 49) fordert die Eintragung nicht, wenn die GG. provinzialrechtlich für das betreffende Grundstück und die Eheleute gilt.

Für die nothwendige Subhastation gelten besondere Grundsätze. Nachdem der Richter den Antrag auf Subhastation für begründet erkannt hat, verliert der Eigenthümer sein Verfügungsrecht über das Grundstück; mit dem Zuschlage bei der Subhastation geht das Eigenthum unmittelbar auf denjenigen über, welcher das Grundstück erstanden hat, wenngleich er vielleicht erst einige Zeit darauf auf Requisition des den Zuschlag leistenden Gerichts eingetragen wird. Diesen Uebergang des Eigenthums mit Verkündigung des Zuschlagsurtheils anerkennen nicht bloß diejenigen Gesetze, welche das Prinzip der Auflassung haben[343]), sondern auch diejenigen, welche im übrigen die Tradition für den Erwerb fordern[344]).

Endlich ist noch der Expropriation zu gedenken. Auch hier hört die Dispositionsfähigkeit des Eigenthümers auf, sobald die Behörde die Berechtigung zum Antrage auf Expropriation anerkannt hat. Aber es liegt kein Grund vor, um mit dem Preußischen Entwurf von 1868. §. 12 den Eigenthumsübergang „durch die Besitzeinweisung der Verwaltungsbehörde" oder mit Laband[345]) durch das Gesetz eintreten zu

---

343) Sächs. BO. v. 1865 §. 199, Preuß. Entw. v. 1868. §. 13 (die spätern Entwürfe lassen dies fort), Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 §. 10, 12, 13 („durch Einhändigung des Zuschlagsprotokolls"). — Hommel, rhaps. 44. — Oldenb. Erk. bei Seuffert XXIV n. 214 und die daselbst angeführte Literatur.

344) Preuß. Landrecht I. 11 §. 342, Förster II. §. 130 N. 17, III. §. 178 N. 13. — Die Preuß. Subhast.-Ordnung vom 15. März 1869 enthält nichts über den Eigenthumsübergang und sagt nur §. 57: „Soweit das Zuschlagsurtheil nicht ein Anderes bestimmt, erfolgt die Uebergabe des Grundstücks an den Ersteher erst nach Berichtigung des Kaufgeldes."

345) Archiv f. civ. Pr. Band 52 S. 178.

lassen[346]). Vielmehr reicht es auch hier aus, wenn wir der Entscheidung der Behörde die Wirkung zuschreiben, daß der Expropriirende ein Recht auf Eintragung und auf Uebergabe des Besitzes erhält, und besteht kein Bedürfniß zu einer besondern gesetzlichen Norm[347]).

346) Höchstens doch durch Anwendung des Gesetzes.

347) Wo die Tradition überhaupt Eigenthum giebt, versteht es sich von selbst, daß auch bei der Expropriation die erfolgte Besitzeinweisung diese Wirkung hat. — Vgl. auch Georg Meyer, das Recht der Expropriation. Leipz. 1868.

Breslau, d. 18. Dezember 1871.

III.

Eigenthum an der Gesammtsache.

Von **Unger.**

Die natürliche und nächstliegende Auffassung führt zur Annahme von Eigenthumsrecht an der Gesammtsache selbst: Jedermann fragt, wem die Heerde gehöre und der Berechtigte wird sich schlechtweg für den Eigenthümer der Heerde halten und ausgeben. Diese naive Anschauungsweise ist ursprünglich, ehe das juristische Auge schärfer zu unterscheiden gelernt hat, auch die juristische: es verhält sich hiermit wie mit der Erbschaft, die gleichfalls nach ursprünglicher Anschauung wie eine körperliche Sache angesehen wurde, die den eigentlichen Gegenstand wie der Verfügung des Erblassers (cf. Gaj. II 102 sq.), so des Rechts der Erben bildet, dem sie „gehört." (Vgl. Dernburg, Compensat. 2. Aufl. S. 119. 120).

So nahm man denn wahrscheinlich auch in der ältesten Zeit Rom's Eigenthum am grex, der ursprünglichsten naturwüchsigen Spezies der Gesammtsache, an und ließ folgeweise gleich der Vindication der Erbschaft (ajo hereditatem meam esse) die Vindication der Heerde als einer natürlichen Einheit zu (ajo gregem meum esse). Für diesen uralten Rechtszustand gibt Gaj. IV 17. ein ganz unbedenkliches Zeugniß. (Vgl. auch Göppert, über einheitliche zusammengesetzte und

Gesammtsachen 1871 S. 110 Note 32 gegen Bechmann Eigenthumserwerb durch Accession 1867 S. 69 Note 1). Wahrscheinlich hielt man damals auch die Heerde gleich der Erbschaft für ein Objekt der Ersitzung und befaßte sie unter den ceterae res, quae uno anno usucapiuntur, Gaj. II 42. Wie man aber später trotz dem Gespötte Seneca's (de benef. 6. 5) erkannte, daß nicht die Erbschaft, sondern nur die einzelnen Erbschaftssachen besessen und ersessen werden können (Gaj. II 54), so geschah dies auch rücksichtlich der Heerde: man kann nicht gregem usucapere, sed ea quae in grege sunt. L. 30 § 2 D. de usucap. 41. 3. Als Rest der alten Anschauungsweise blieb, gleich der vindicatio hereditatis, die vindicatio gregis übrig mit der Intention: gregem meum esse. L. 1 § 3 D. de R. V. 6. 1. Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari.... grex enim, non singula corpora vindicabuntur. Nur darf man sich diese Vindication nicht etwa als die Vindication eines inhaltsleeren Abstraktum denken: sie war vielmehr, gleich der Vindication der Erbschaft, eine Vindication sämmtlicher die Heerde von Anfang an oder durch nachträgliche Ergänzung (l. 3 pr. cit. 6. 1. L. 30 § 2 cit.) constituirenden Stücke: der Vindicant vindicirte die ganze Heerde (universum gregem, totam rem) und hiermit alle ihre einzelnen Bestandtheile (Gaj. IV 17. L. 3 pr. D. cit. 6. 1), daher auch die Wirkung der res judicata (L. 21 § 1 D. de exc. r. j. 44. 2).

Nahm man aber vindicables Eigenthum an der Heerde als einem Sachganzen (§. 18 J. de leg. 2. 20) an, welches durch in jure cessio und unter Umständen (Gaj. I 120. 121) durch Mancipation, nicht aber durch Tradition (arg. L. 30 § 2 cit. 41. 3. Gaj. II 19) übertragbar war, so mußte man sich fragen, wann man von Jemand sagen könne: die Heerde

gehöre ihm, er sei Eigenthümer der Heerde und habe hiemit sein Klagfundament bewiesen? Soviel war außer Zweifel, daß man als Eigenthümer der Heerde zu betrachten war, wenngleich einzelne Stücke derselben einem Anderen gehörten. L. 1 § 3 cit. 6. 1... Sed enim gregem sufficit nostrum esse, licet singula capita nostra non sint. Wo war aber die Grenze dafür zu finden? Den Ausweg bot das Majoritätsprincip: wie als Beschluß einer Versammlung gilt, was die Majorität beschlossen hat, so gehört die Heerde demjenigen, dem die Mehrzahl der einzelnen Stücke gehört: er hat daher, um mit der Eigenthumsklage durchzudringen, nur darzuthun, daß ihm die Mehrheit der Stücke gehöre. Vermag er dies nicht, so wird er mit der Eigenthumsklage selbst in Ansehung jener einzelnen Stücke abgewiesen, an denen er sein Eigenthumsrecht nachgewiesen hat, da er intentionem: ‚gregem suum esse' non implevit. Ist ihm jener Mehrheitsbeweis gelungen, so ist es nunmehr Sache des Geklagten zu beweisen, daß und welche Stücke der Heerde fremde sind und daher nicht herausgegeben werden müssen. L. 2 D. cit. 6. 1. Darauf, ob die fremden Stücke dem Beklagten oder einem Dritten gehören, kommt weiter nichts an: die entgegengesetzte auf die angebliche „innere Zusammengehörigkeit" der Heerde gestützte Behauptung basirt auf einem unklaren und unrichtigen Gedanken, da es nicht auf die sog. „innere", sondern lediglich auf die rechtliche Zusammengehörigkeit ankömmt. Ich stimme also im Resultate, nicht aber in der Begründung mit Exner (Tradition S. 220 flg. 234 flg.) überein: es handelt sich durchaus nicht um eine „Singularität hinsichtlich der Beweislast", um die Annahme einer „Präsumtion", wofür es in der That an allem inneren Grunde und an allem äußeren Anhaltspunkte fehlt: es handelt sich bei der vindicatio gregis überhaupt nicht um eine processualische Singularität, wie neuerlichst wieder Göppert

S. 99 flg. 105 flg. eine solche zu entdecken sucht, sondern vielmehr um eine civilistische Consequenz aus der Annahme von Eigenthum an der Heerde.

Wie nun schon die Römer diese uralt hergebrachte Behandlung der vindicatio gregis nicht auf die Vindication anderer Gesammtsachen übertrugen (L. 3 § 1 D. cit. 6. 1. L. 56 D. eod.), so ist im heutigen Recht vollends kein Grund mehr vorhanden, an der altnationalen vindicatio gregis des römischen Rechts festzuhalten oder gar dieselbe zu generalisiren.

Druck der Friedrich Mauke'schen Officin in Jena.

IV.

Ueber die Anfechtbarkeit der datio in solutum mittelst der actio Pauliana.

Von

H. Struckmann,

Amtsgerichtsassessor in Emden.

Durch die Ausführungen Francke's im Archiv für civil. Praxis Bd. 16 S. 125 ff. und S. 251 ff., sowie v. Vangerow's, Pand. Bd. 3, 6. Aufl. § 697 S. 647 ff. ist die früher herrschende Ansicht, daß es zur Begründung der actio Pauliana behufs Anfechtung gewöhnlicher Zahlungen genüge, wenn, abgesehen von den sonstigen Voraussetzungen jener Klage, der insolvente Schuldner per gratificationem, d. h. um den einen Gläubiger vor den anderen zu bevorzugen, an jenen Zahlung geleistet habe, gründlich widerlegt worden, und soll hier unter Bezugnahme auf jene eingehenden Erörterungen der Satz als feststehend vorangestellt werden, daß gewöhnliche, durch den insolventen Schuldner vor der Concurseröffnung erfolgte Zahlungen fälliger Schulden mittelst der actio Pauliana nicht rescindirt werden können und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Zahlung empfangende Gläubiger die Absicht des Schuldners, die übrigen Gläubiger zu verkürzen, kannte oder nicht.

In der Begründung dieses Satzes weichen aber die genannten Rechtslehrer gänzlich von einander ab. Während Francke a. a. O. den Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung in dem Zwangsrechte des Gläubigers sieht, hält v. Vangerow a. a. O. die actio Pauliana in diesem Falle deshalb für unanwendbar, weil der dolus, die mala fides des Gläubigers fehle.

Betrachtet man die Voraussetzungen der actio Pauliana, so scheinen dieselben an sich auch bei Zahlungen des Schuldners zutreffen zu können.

Zunächst liegt auch in diesem Falle gewiß eine deminutio patrimonii im Sinne des Edicts vor; denn nach dem letzteren soll die actio Pauliana Anwendung finden, wenn der Schuldner bewirkt,

ut desinat habere, quod habet.

cf. l. 2 § 2 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

Diese Voraussetzung trifft aber auch bei der Zahlung zu. Zwar könnte man, gestützt auf den Satz der l. 39 § 1 D. de V. L. 50, 16.

Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt,

so argumentiren, daß durch das Bestehen der Schuld das Vermögen des Schuldners um diesen Werth bereits vermindert war, durch die Befriedigung des Gläubigers daher in Wahrheit eine deminutio patrimonii nicht mehr herbeigeführt werde, und von einem desinere habere, quod habet, im juristischen Sinne nicht die Rede sein könne.

Allein die Unrichtigkeit und Unanwendbarkeit dieser Argumentation im vorliegenden Falle ergiebt sich deutlich aus der

l. 6 § 7 D. h. t. i. f. verbis:

qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque

> ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, quum jam par conditio omnium creditorum facta esset.

Nach dieser Stelle ist eine post bona possessa geleistete Zahlung anfechtbar, und zwar wird hier, da nicht, wie im heutigen Rechte, auch nach römischem Rechte mit der Concurseröffnung eine interdictio bonorum, eine Entziehung der Dispositionsbefugniß verbunden, die Zahlung also nicht ipso jure nichtig war, an das Rechtsmittel der actio Pauliana gedacht. Da diese letztere aber nach l. 6 pr. D. h. t. allgemein eine deminutio patrimonii voraussetzt, so muß, da im vorliegenden Falle die actio Pauliana zugelassen wird, in der Zahlung an sich eine Vermögens-Verminderung im Sinne des Edicts liegen. Es ist daher bei der Frage, ob eine Vermögens-Verminderung vorliegt, nicht auf den gesammten Vermögensstatus, sondern darauf zu sehen, ob das Activ-Vermögen des Schuldners in irgend einer Weise verringert ist. Diese Bedeutung der deminutio patrimonii ergiebt sich auch daraus, daß sie in der l. 6 pr. D. h. t. genannt wird im Gegensatze zu dem Ausschlagen eines Gewinnes, wodurch das Activvermögen des Schuldners eine Verminderung nicht erleidet, der Schuldner nicht desinit habere, quod habet.

Hiernach ist es also unrichtig, mit Brinz, Pandecten Bd. 1 S. 531 bei Zahlungen aus dem Grunde die actio Pauliana auszuschließen, weil eine deminutio patrimonii nicht vorliege.

Ebensowenig ist bei Zahlungen die fraus des Schuldners immer ausgeschlossen. Zahlt er einem Gläubiger mit dem Bewußtsein, daß andere dadurch verkürzt werden und zu dem Zwecke, um jenem vor den übrigen einen Vortheil zu verschaffen, so macht er sich gewiß eines dolus schuldig, und wenn der Gläubiger diese fraudulose Absicht des Debitor

nem feci, jus civile vigilantibus scriptum est, ideo quoque non revocatur, quod percepi

Ferner in der

l. 6. § 7 D. h. t:

Sciendum, Julianum scribere eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, ante quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipit, non timere hoc Edictum; sibi enim vigilavit; qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, quum jam par conditio omnium creditorum facta esset.

Vgl. auch l. 10. §. 16 D. h. t.

Als Grund dafür, daß die post bona possessa geleistete Zahlung anfechtbar ist, führen die römischen Juristen in diesen Stellen an, daß post bona possessa jam par conditio omnium creditorum facta est, d. h. daß die Gläubiger post bona possessa ein Recht auf gemeinsame Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners nach einem besonderen zu diesem Zwecke bestimmten Verfahren erworben haben. Weil diese Voraussetzung aber bei einer ante bona possessa geleisteten Zahlung nicht zutrifft, weil ante bona possessa die conditio creditorum noch nicht „par" ist, zu dieser Zeit vielmehr noch lediglich die Prävention, die Vigilanz unter den Gläubigern entscheidet, und weil andererseits durch die in der Zahlung liegende Veräußerung lediglich die Befriedigung eines Gläubigers bezweckt und bewirkt wird, verneinen die römischen Juristen die Anfechtbarkeit der ante bona possessa geleisteten Zahlung. Das Princip ist:

Ante bona possessa haben die Gläubiger noch kein

Recht auf gemeinsame Befriedigung aus dem Vermögen des insolventen Schuldners, vielmehr bleibt es jedem derselben überlassen, selbst seine Befriedigung daraus zu suchen und durch seine Vigilanz anderen Gläubigern zuvorzukommen, doch werden die Gläubiger insofern geschützt, als schon jetzt das Vermögen des Schuldners nur zu ihrer Befriedigung verwandt und nicht an Dritte veräußert werden darf.

Wenn Francke, Archiv für civil. Praxis, Band 16 S. 139 ff. den Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlungen darin finden will, daß der Empfänger ein Zwangsrecht auf die Zahlung gehabt habe, so supponirt er damit einen Grund, welchen die römischen Juristen in jenen Stellen, die allein ex professo den vorliegenden Fall behandeln, in keiner Weise andeuten.

Die l. 6 § 6 D. h. t., auf welche Francke seine Lehre basirt, spricht nicht von dem Falle, wo der Cridar Zahlung geleistet hat, sondern von dem anderen, wo an ihn von seinem Schuldner Zahlung geleistet ist.

Vgl. Laspeyres, Archiv für civil. Praxis Bd. 21, S. 58 ff., von Vangerow, Pand. Bd. 3, 5. Aufl. S. 649 und 653.

Die oben citirten Stellen, welche die Anfechtbarkeit von Zahlungen ausschließen, sprechen zunächst nur von Geldzahlungen; von einem creditor, qui debitam pecuniam recepit, von einem solvere pecuniam;

cf. l. 6 § 7. l. 24 i. f. l. 10 § 16 D. h. h.

Allein, wie

Laspeyres a. a. O. S. 69 ff.

ausgeführt hat, kann der in jenen Gesetzen ausgesprochene Satz unbedenklich auch auf die Erfüllung jeder anderen Schuld ausgedehnt werden, da den obigen Ausführungen zufolge derselbe durchaus nicht als ein singulärer und daher analog nicht auszudehnender Rechtssatz erscheint, sondern als ein Ausfluß eines allgemeinen Princips.

nem feci, jus civile vigilantibus scriptum est, ideo quoque non revocatur, quod percepi

Ferner in der

l. 6. § 7 D. h. t:

Sciendum, Julianum scribere eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, ante quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipit, non timere hoc Edictum; sibi enim vigilavit; qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, quum jam par conditio omnium creditorum facta esset.

Vgl. auch l. 10. §. 16 D. h. t.

Als Grund dafür, daß die post bona possessa geleistete Zahlung anfechtbar ist, führen die römischen Juristen in diesen Stellen an, daß post bona possessa jam par conditio omnium creditorum facta est, d. h. daß die Gläubiger post bona possessa ein Recht auf gemeinsame Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners nach einem besonderen zu diesem Zwecke bestimmten Verfahren erworben haben. Weil diese Voraussetzung aber bei einer ante bona possessa geleisteten Zahlung nicht zutrifft, weil ante bona possessa die conditio creditorum noch nicht „par“ ist, zu dieser Zeit vielmehr noch lediglich die Prävention, die Vigilanz unter den Gläubigern entscheidet, und weil andererseits durch die in der Zahlung liegende Veräußerung lediglich die Befriedigung eines Gläubigers bezweckt und bewirkt wird, verneinen die römischen Juristen die Anfechtbarkeit der ante bona possessa geleisteten Zahlung. Das Princip ist:

Ante bona possessa haben die Gläubiger noch kein

Recht auf gemeinsame Befriedigung aus dem Vermögen des insolventen Schuldners, vielmehr bleibt es jedem derselben überlassen, selbst seine Befriedigung daraus zu suchen und durch seine Vigilanz anderen Gläubigern zuvorzukommen, doch werden die Gläubiger insofern geschützt, als schon jetzt das Vermögen des Schuldners nur zu ihrer Befriedigung verwandt und nicht an Dritte veräußert werden darf.

Wenn Francke, Archiv für civil. Praxis, Band 16 S. 139 fl. den Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlungen darin finden will, daß der Empfänger ein Zwangsrecht auf die Zahlung gehabt habe, so supponirt er damit einen Grund, welchen die römischen Juristen in jenen Stellen, die allein ex professo den vorliegenden Fall behandeln, in keiner Weise andeuten.

Die l. 6 § 6 D. h. t., auf welche Francke seine Lehre basirt, spricht nicht von dem Falle, wo der Cridar Zahlung geleistet hat, sondern von dem anderen, wo an ihn von seinem Schuldner Zahlung geleistet ist.

Vgl. Laspeyres, Archiv für civil. Praxis Bd. 21, S. 58 fl., von Vangerow, Pand. Bd. 3, 5. Aufl. S. 649 und 653.

Die oben citirten Stellen, welche die Anfechtbarkeit von Zahlungen ausschließen, sprechen zanächst nur von Geldzahlungen; von einem creditor, qui debitam pecuniam recepit, von einem solvere pecuniam;

cf. l. 6 § 7. l. 24 i. f. l. 10 § 16 D. h. h.

Allein, wie

Laspeyres a. a. O. S. 69 fl.

ausgeführt hat, kann der in jenen Gesetzen ausgesprochene Satz unbedenklich auch auf die Erfüllung jeder anderen Schuld ausgedehnt werden, da den obigen Ausführungen zufolge derselbe durchaus nicht als ein singulärer und daher analog nicht auszudehnender Rechtssatz erscheint, sondern als ein Ausfluß eines allgemeinen Princips.

Sehr streitig ist es dagegen, ob jener Satz, daß eine Zahlung mittelst der actio Pauliana nicht angefochten werden kann, auch auf die datio in solutum Anwendung finden darf, und soll diese Frage hier einer näheren Untersuchung unterzogen werden.

Da der für die eigentliche Zahlung ausgesprochene Satz, wie schon erwähnt, keine Singularität enthält, sondern Ausfluß des oben aufgestellten Princips ist, so ist eine analoge Ausdehnung jener für die eigentliche Zahlung gegebenen Bestimmung zulässig. Es kommt daher für die Entscheidung der Frage, ob auch die datio in solutum mittelst der actio Pauliana nicht anfechtbar ist, beim Mangel unmittelbar diese Frage berührender Gesetzesstellen lediglich darauf an, ob im Falle der Tilgung einer Schuld durch datio in solutum paritas rationis begründet ist. Bei der nachfolgenden Untersuchung dieser Frage soll zunächst vorausgesetzt werden, daß der Werth der in solutum gegebenen Sachen den der Forderung nicht übersteigt.

Die rechtliche Natur der datio in solutum anlangend, so betrachtet das römische Recht dieselbe als eine selbständige Tilgungsart, als eine uneigentliche Zahlung.

cf. l. 17 C. de solut. 8, 43.

Die Quellen reden auch im Falle einer datio in solutum von einem solvere.

cf. l. 46 D. de solut. 46, 3. l. 2 § 1 D. de reb. cred. 12, 1.

Auth. ad nov. 4 c. 3 cf. l. 16. C. de solut. 8, 43.

Zwar wird sie in anderen Stellen auch einem Verkaufe gleichgestellt, und in gewisser Hinsicht wie ein Verkauf behandelt, —

cf. l. 4 c. de evict. 8, 45. l. 4 § 31 De rac. doli 44, 5. l. 24 pr. D. de pignor. act. 13, 7. l. 46 D. de solut. 46, 3., —

auch für den Fall der Eviction der in solutum gegebenen Sachen daraus die Evictionspflicht des Schuldners abgeleitet. Doch bezeichnen auch diese Stellen die datio in solutum nicht als einen eigentlichen Verkauf, sondern sie sprechen nur von einer utilis ex emto actio und einem obtinere vices venditionis.

Daß man die datio in solutum nicht als einen gewöhnlichen Verkauf, verbunden mit einer Compensation der Forderung und des Kaufpreises, betrachten darf, geht daraus hervor, daß der Gläubiger im Falle der Eviction der ihm in solutum gegebenen Sachen statt des vielleicht geringeren Evictionsinteresses auch Zahlung der ursprünglichen Forderung verlangen kann.

cf. l. 24 pr. D. de pign. act. 13, 7. l. 46 D. de solut. 46, 3.

Wäre die datio in solutum ein mit Compensation verbundener Kaufcontract, so würde die ursprüngliche Forderung durch die Compensation mit dem Kaufpreise für immer getilgt sein und dem Gläubiger nur die Geltendmachung des Evictionsinteresses übrig bleiben.

Betrachtet man dagegen die datio in solutum als eine selbstständige Tilgungsart und die in solutum gegebenen Sachen als unmittelbare Zahlungsmittel, so ist es ganz consequent, daß der Gläubiger im Falle der Eviction die Zahlung der ursprünglichen Forderung verlangen kann, da sich durch die Eviction herausgestellt hat, daß eine Zahlung, die in einem dare, in Eigenthumsübertragung besteht, überhaupt noch nicht erfolgt war.

Es soll übrigens nicht verkannt werden, daß ein Verkauf,

mit welchem eine sofortige Compensation des Kaufpreises und der Gegenforderung verbunden, und welcher lediglich zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers abgeschlossen ist, einer datio in solutum rechtlich gleichsteht, da ein solcher Verkauf das Charakteristische der letzteren, daß sie nämlich ein Mittel zur Befriedigung des Gläubigers ist, an sich trägt.

Auf einen solchen Verkauf werden daher die über die datio in solutum geltenden Grundsätze in gleicher Weise zur Anwendung kommen müssen.

Wenn dem Obigen zufolge die datio in solutum unmittelbar die Tilgung einer Schuld bezweckt und bewirkt und deshalb in den Quellen auch als solutio bezeichnet wird, so ist es zulässig, den für die eigentliche Zahlung in den Quellen aufgestellten Satz auch auf die datio in solutum auszudehnen.

Zwar unterscheidet sich die letztere insofern, als der Gläubiger allerdings etwas bekommt, worauf er nach der ursprünglichen Obligation kein Recht hat, auch insofern, als ein neues Rechtsgeschäft geschlossen wird, welches außerhalb der regelmäßigen Entwickelung der Obligation liegt.

Diese Verschiedenheiten sind es vornehmlich, weshalb die meisten Rechtslehrer den Satz, daß gewöhnliche Zahlungen nicht anfechtbar sind, auf die Tilgung durch datio in solutum nicht analog anwenden zu dürfen glauben.

Vgl. Vangerow, Pand. Bd. 3 6. Aufl. § 697 S. 655 Nr. 5.

Laspeyres im Arch. f. civil. Pr. Bd. 21 S. 71 ff.

Francke daselbst Band 16 S. 263 ff.

Bei einer nähern Prüfung ergiebt sich aber, daß jene Abweichungen der datio in solutum von der eigentlichen Zahlung durchaus nur unwesentlicher und nebensächlicher Natur sind,

innerlich aber und dem materiellen Erfolge nach Verschiedenheiten zwischen beiden Zahlungsarten nicht bestehen. Geht man aus von dem Begriffe der Geldschuld, als deren eigentlicher Gegenstand nicht die Geldstücke, die numi, sondern ein bestimmter Werth zu betrachten ist, der allerdings durch das Geld als den im Verkehre regelmäßigen Werthvermittler effectuirt zu werden pflegt, so muß man anerkennen, daß, wenn der Gläubiger den ihm geschuldeten Werth mit seinem Willen anstatt in Geld in anderen Werthgegenständen erhält, er doch materiell den eigentlichen Gegenstand seiner Forderung bekommt, nur daß der geschuldete Werth nicht durch den regelmäßigen Werthvermittler, das Geld, effectuirt ist, sondern durch andere Gegenstände, die jedoch an sich auch Werthe zu vermitteln geeignet sind und hier lediglich in dieser Eigenschaft, nicht aber in ihrer Qualität als Waaren in Betracht kommen.

Diese Verschiedenheit zwischen der datio in solutum und der eigentlichen Zahlung ist eine bloß äußerliche, sie liegt lediglich in dem Mittel, nicht auch in dem Zwecke und dem materiellen Erfolge. Wesentlich ist, daß in dem einen wie in dem andern Falle der Gläubiger nur seine Befriedigung bezweckt und auch dem Erfolge nach in der That nichts mehr als seine Befriedigung erhält.

Von diesem Gesichtspunkte aus kann man in Wirklichkeit von ihm sagen: „suum recepit.“

Zwar können durch die einem Gläubiger in solutum gegebenen Sachen die übrigen Gläubiger beeinträchtigt werden, allein sie werden es in diesem Falle nicht mehr, als wenn der Schuldner statt der Sachen Geld bezahlt hätte; in beiden Fällen wird das Vermögen des letzteren um einen gleichen Werth vermindert. Die Verminderung stellt sich aber in beiden Fällen den andern Gläubigern gegenüber als eine Widerrechtlichkeit aus dem Grunde nicht dar, weil in beiden Fällen die Ver-

äußerung lediglich zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers geschah, vor der Concurseröffnung aber lediglich die Prävention entscheidet.

Einen Anhaltspunkt dafür, daß die datio in solutum nicht als eine widerrechtliche Verkürzung der andern Gläubiger aufgefaßt werden darf, giebt die nov. 4 c. 3, welche das sog. beneficium dationis in solutum eingeführt hat, wornach unter gewissen Voraussetzungen der den Schuldner bedrängende Gläubiger zur Annahme von Sachen an Zahlungsstatt gezwungen werden kann. Diese Voraussetzungen werden in den meisten Fällen oder können doch auch wenigstens dann begründet sein, wenn der Schuldner insolvent ist. Ja, die Novelle setzt grade den Fall voraus, daß dem Schuldner die Nothwendigkeit der cessio bonorum droht und giebt das beneficium, damit dadurch womöglich die Güterabtretung vermieden werde.

Vgl. Sintenis, Civilrecht Bd. 2. S. 149 fl.

Wenn nun desungeachtet das Gesetz, welches den Fall der Insolvenz des Schuldners nicht ausnimmt, sondern gerade vor Augen hat, dem andringenden Gläubiger nicht nur nicht gestattet, sondern unter Umständen ihn sogar dazu zwingt, Sachen an Zahlungsstatt anzunehmen, so dürfte dies ein Beweis dafür sein, daß es ungerechtfertigt ist, in der datio in solutum eine widerrechtliche Verkürzung der anderen Gläubiger zu finden, denn enthielte sie eine das Recht der übrigen Gläubiger beeinträchtigende Verkürzung, so würde der Gesetzgeber, welcher dem den Schuldner bedrängenden Gläubiger nicht auf Kosten der anderen Gläubiger einen Vortheil zuwenden wollte, jenes beneficium schwerlich eingeführt haben. — Kann der Gläubiger von dem Schuldner im Falle der nov. 4. c. 3 gezwungen werden, Sachen an Zahlungsstatt anzunehmen, so wird er in diesem Falle dieselben auch freiwillig auf Grund

einer mit dem Schuldner getroffenen Vereinbarung in Zahlung annehmen dürfen, ohne das Rechtsmittel der actio Pauliana fürchten zu müssen.

Ein weiterer Beweis dafür, daß die datio in solutum Seitens des insolventen Schuldners als eine widerrechtliche Verkürzung der andern Gläubiger nicht anzusehen ist, findet sich in der

l. 22. §§. 4 sq. C. de jure delib. 6, 30.

Durch dieses Gesetz wurde das beneficium inventarii für den antretenden Erben eingeführt. In den citirten §§ ist bestimmt, daß der Erbe nach Anfertigung des Inventars die einzelnen Legatare und Erbschaftsgläubiger durch Verkauf oder Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt ohne Rücksicht auf die Priorität, sowie sie kommen, befriedigen kann. Die nicht befriedigten Erbschaftsgläubiger sollen sich dann, wenn die Erbschaft erschöpft ist, unbedingt an die Legatare, deren Recht dem der Erbschaftsgläubiger nachsteht, halten können, an andere befriedigte Erbschaftsgläubiger aber nur dann, wenn sie, wie es im § 6 eod. heißt, ex anterioribus veniunt hypothecis, wenn sie also vor den befriedigten Gläubigern ein Vorzugsrecht haben. Danach können also nicht befriedigte chirographarische Gläubiger anderen befriedigten chirographarischen Gläubigern dasjenige, was diese, wenn auch durch datio in solutum, zu ihrer Befriedigung erhalten haben, nicht ganz oder theilweise wieder abholen.

> Anterioribus creditoribus satis a nobis provisum est, vel ad posteriores creditores vel ad legatarios pervenientibus et jus suum persequentibus,

sagt Justinian in der l. 22. § 8. C. cit.

Da das beneficium inventarii grade bei anscheinend überschuldeten Erbschaften regelmäßig Platz greift, Justinian

in den citirten §§ offenbar auch grade den Fall vor Augen hat, daß die Erbschaft überschuldet ist, so liegt auch hier ein Fall vor, wo der Gesetzgeber die Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt Seitens des insolventen Schuldners gestattet, ohne daß dieselbe von anderen dadurch verkürzten Gläubigern, sofern sie nicht ein Vorzugsrecht an den in solutum gegebenen Sachen haben, angefochten werden könnte.

Es ergiebt sich aus diesen Bestimmungen, daß das römische Recht wenigstens einige Fälle kennt, in denen ein Gläubiger aus dem Vermögen des insolventen Schuldners Sachen an Zahlungsstatt zu seiner Befriedigung bekommt, ohne daß dies als eine gegen andere Rechtsregeln verstoßende Beeinträchtigung der übrigen Gläubiger, als Ausnahme angesehen wird.

Diese Fälle können vom Standpunkte derer aus, welche die Anfechtbarkeit der datio in solutum durch die actio Pauliana deshalb für möglich halten, weil darin eine objectiv widerrechtliche Verkürzung der übrigen Gläubiger liege, nur als Ausnahmen betrachtet werden.

Wie schon oben erwähnt, pflegt man sich gegen die hier angenommene Ansicht insbesondere auch darauf zu berufen, daß die datio in solutum einen selbstständigen neuen Vertrag involvire, nach der

l. 1. § 1. D. h. t. 42, 8, aber

verbis:

> Ait ergo Praetor: quae fraudationis causa gesta erunt, haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum,

jeder selbstständige neue Vertrag, also auch die datio in solutum mittelst der actio Pauliana, deren übrigen Requisite vorausgesetzt, angefochten werden könne.

Daß die datio in solutum ein neuer Vertrag ist, und

als solcher auch im Allgemeinen eine Vermögensverminderung im Sinne des Edicts enthält, kann einem Zweifel nicht wohl unterliegen.

Aber es fragt sich grade, ob nicht dieser Vertrag, ebenso wie der in jeder Zahlung liegende Vertrag, so geartet ist, daß dadurch andere Requisite der actio Pauliana ausgeschlossen werden. Und dies ist oben bereits nachzuweisen versucht worden. Es involvirt dieser Vertrag, weil er lediglich zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers dient, den anderen Gläubigern gegenüber keine objective Widerrechtlichkeit und deshalb auch keinen dolus des Empfängers. Der Vertrag ist auf Seiten des Gläubigers kein contractus in fraudem creditorum factus, nur ein solcher contractus aber unterliegt nach der

l. 1 § 1 D. cit.

der Rescission durch die actio Pauliana.

Wenn ferner

Francke im Arch. für civil. Pr. Bd. 16. S. 263

die datio in solutum insbesondere noch aus dem Grunde für anfechtbar erklärt, weil dem Gläubiger ein Zwangsrecht darauf nicht zusteht, so hängt dies mit seiner Grundanschauung zusammen, wonach nur diejenigen Zahlungen überhaupt unanfechtbar sein sollen, auf welche der Gläubiger ein Zwangsrecht habe.

Die Unrichtigkeit dieser Lehre ist jedoch, wie schon oben erwähnt, durch

v. Vangerow, Pand. 3 6. Aufl. § 697. S. 649 u. 653,

Laspeyres, im Arch. für civ. Pr. Bd. 21. S. 58 ff.

überzeugend nachgewiesen, so daß hier auf jene Ausführungen lediglich Bezug genommen werden kann.

Ist aber jener Grundgedanke Francke's unrichtig, so

fällt damit auch der obige gegen die hier vertheidigte Ansicht geltend gemachte Grund als Consequenz jenes Princips von selbst hinweg. Mehr Schein hat es auf den ersten Blick, wenn

Vangerow a. a. O. S. 655,
Francke a. a. O. S. 263,
Laspeyres a. a. O. S. 71 ff.

sich gegen die hier geltend gemachte Ansicht auf die Analogie der Pfandbestellung berufen, welche allerdings nach

l. 10. § 13 D. h. t. 42, 8,

mittelst der actio Pauliana angefochten werden kann, obwohl dieselbe doch auch zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers dient. Ja, man könnte denken, daß die datio in solutum um so eher anfechtbar sein müsse, als die Pfandbestellung, da letztere doch nur ein Sicherungsmittel zur Befriedigung sei, durch die erstere aber die Befriedigung unmittelbar beschafft würde.

Allein abgesehen von dem Unterschiede, daß durch die Pfandbestellung der Gläubiger nicht unmittelbar befriedigt wird, sondern ein neben seiner Forderung begründetes, wenn auch materiell sein Vermögen nicht vermehrendes Recht enthält, besteht zwischen der Verpfändung und Hingabe an Zahlungsstatt auch die wesentliche Differenz, daß in Folge der ersteren der insolvente Schuldner nicht auch selbst etwas entbehrt, während bei der letzteren der Schuldner sich sofort von Sachen trennen muß.

Dieser Unterschied macht aber die Pfandbestellung, welche dem Schuldner keine Opfer kostet, und zu welcher er sich daher weit leichter verstehen wird, den übrigen Gläubigern weit gefährlicher,. als die datio in solutum. Dies würde schon allein genügende Veranlassung für den Gesetzgeber sein, die

Verpfändung im Gegensatze zur datio in solutum für anfechtbar zu erklären.

Dazu kommt, daß hier in Ansehung des Gläubigers, dem das Pfand bestellt ist, auch nicht von einem sibi vigilare, von einer Prävention gegenüber den andern Gläubigern die Rede sein kann, weil diese ein Gleiches zu fordern, oder durch Prävention in dieser Beziehung den andern Gläubiger auszuschließen, gar nicht in der Lage waren. Es rechtfertigte sich daher, gegen solche Pfandbestellungen die übrigen Gläubiger durch die actio Pauliana zu schützen, da sie in dieser Hinsicht sich durch Prävention nicht genügend schützen konnten.

Zwar haben die übrigen Gläubiger auch auf eine datio in solutum kein Recht und könnte daraus in gleicher Weise auch die Anfechtbarkeit der datio in solutum gefolgert werden. Indessen würde diese Folgerung unzutreffend sein. Die übrigen Gläubiger haben allerdings kein Recht, grade auf eine datio in solutum dem Schuldner gegenüber, allein das, was durch dieselbe erreicht wird, die unmittelbare Befriedigung nämlich, waren auch die übrigen Gläubiger, wenn auch auf andere Art, zu erreichen im Stande, sofern sie nur, dem jetzt befriedigten Gläubiger zuvorkommend, bei Zeiten die Execution gegen den insolventen Schuldner einleiteten. Dann würden die Sachen oder deren Werth zu ihrer Befriedigung gedient haben; jetzt aber ist der andere Gläubiger durch seine Vigilanz ihnen zuvorgekommen. Der Umstand aber, daß der letztere in Folge der datio in solutum ohne Execution seine Befriedigung erlangt hat, die übrigen Gläubiger aber, um Befriedigung zu erhalten, vielleicht erst das ganze Executionsverfahren durchmachen müssen, ist unwesentlich. Derselbe Unterschied besteht auch dann, wenn der Schuldner einen der Gläubiger durch eigentliche Zahlung freiwillig befriedigt hat, die übrigen dagegen nicht. In der

l. 24 i. f. D. h. t. 42, 8,

ist ausdrücklich ausgesprochen, daß darauf, ob der Schuldner freiwillig oder erst gezwungen zahlt, für die Frage nach der Zulässigkeit der actio Pauliana nichts ankommt.

Wenn dem Obigen zufolge die Verhältnisse bei einer Pfandbestellung und einer datio in solutum wesentlich verschiedener Art sind, so kann aus der Anfechtbarkeit der ersteren die der letzteren auf Grund der Analogie nicht gefolgert werden.

Laspeyres a. a. O. S. 72 ff.

glaubt die Richtigkeit der von ihm und Francke vertheidigten Ansicht auch unmittelbar durch Gesetzesstellen beweisen zu können, und beruft sich zunächst darauf, daß, wiewohl den Tutoren nicht bloß das Recht ertheilt, sondern sogar zur Pflicht gemacht ist, die Schulden des Pupillen zu bezahlen, ohne daß es dazu der obrigkeitlichen Genehmigung bedürfe, dennoch, wenn die Tilgung durch datio in solutum bewirkt werden soll, ein obrigkeitliches Decret nach der

l. 15 C. de praed. et al. reb. min. 5, 71,

nöthig sei.

Dieses Argument ist jedoch hinfällig. Der Grund, warum zu einer datio in solutum in jenem Falle im Gegensatze zu der eigentlichen Zahlung die obrigkeitliche Genehmigung erforderlich ist, liegt lediglich darin, daß die Hingabe an Zahlungsstatt nicht, wie die eigentliche Zahlung als eine rechtlich nothwendige Veräußerung erscheint. Für die Frage nach der Zulässigkeit der actio Pauliana ist der Umstand, ob der Gläubiger ein Zwangsrecht auf das ihm Geleistete hat oder nicht, wie oben bereits erörtert wurde, nicht entscheidend. Ferner stützt Laspeyres a. a. O. sich für seine Ansicht auf die

l. ult. D. quibus ex causis in poss. eatur 42, 4.

Is, qui rem permutatam accepit, emtori similis est; item is, qui rem in solutum accepit vel qui

lite aestimata rem tenuit vel ex causa stipulationis, non ob liberalitatem est consecutus.

Nach der Inscription der Stelle, sowie ihrer Stellung im corpus juris beziehe sich dieselbe auf die missio in possessionem legatorum servandorum causa. Diese Immission könne aber nicht blos in die res, quae in causa hereditaria manent, verlangt werden, sondern wie im Concurse, sei auch hier eine Anfechtung der vom Onerirten bewirkten Veräußerungen mittelst einer summarischen Klage gestattet und zwar unbedingt, wenn die Veräußerung nach verfügter Immission erfolgt sei, sonst nur, wenn die veräußerten Sachen dolo malo heredis in causa hereditaria esse desierunt. Ulpian nun, welcher in der citirten Stelle die datio in solutum dem Kaufe gleichstelle, habe diese Vergleichung gewiß nur deshalb hervorgehoben, um zu zeigen, daß auch dann, wenn der Onerirte Erbschaftssachen zwar nicht verkauft, aber dolo malo an Zahlungsstatt gegeben habe, gegen den Empfänger auf Immission gedrungen werden könne. Diese Entscheidung Ulpians könne nun bei der offenbaren Analogie beider Verhältnisse unbedenklich auch auf den Fall angewendet werden, wo der insolvente Schuldner in fraudem creditorum einem der Gläubiger Sachen in solutum gegeben habe.

Die von Lasperres vorausgesetzte Analogie ist jedoch keineswegs begründet. Nach der ausdrücklichen Bestimmung der

l. 5 § 5. l. 15 D. ut in possess. leg. et fid. 36, 4,
l. 6. C. eod. 6, 54,

ist die Anfechtung dann gestattet, si res dolo malo heredis in causa hereditaria esse desierunt. Es kommt also blos auf den dolus des Erben an; davon, daß der Dritte particeps doli sein müsse, um die Anfechtbarkeit zu begründen, ist nirgends die Rede. Angenommen daher, daß auch die l. 15 cit. D. 42, 4, die ihr von Lasperres untergelegte Bedeu-

tung hätte, so enthielte sie doch nur die Entscheidung, daß auf Seiten des Erben auch bei einer datio in solutum dolus begründet sein, dieselbe daher auch der Anfechtung durch den Legatar unterliegen könne. Ob aber im Falle der Hingabe an Zahlungsstatt auch von einem dolus des Gläubigers geredet werden kann, darüber spricht Ulpian in jener Stelle sich nicht aus und lag dazu nach Obigem auch keine Veranlassung vor. Für unsere Frage, bei welcher es gerade darauf ankommt, ob auch der Gläubiger, der Sachen in solutum empfängt, dolos handelt, ist jene Stelle daher völlig bedeutungslos.

Sodann besteht auch zwischen dem Falle, wo der insolvente Schuldner zur Befriedigung eines Gläubigers Sachen an Zahlungsstatt hingiebt, und dem, wo der Erbe die Erbschaftssachen zu gleichem Zwecke verwendet, der wesentliche Unterschied, daß im letzteren Falle die Sachen nicht zur Befriedigung derer dienen, zu deren Gunsten später die missio verfügt wird, nämlich der Legatare, während im ersteren Falle gerade eine derjenigen Personen, zu deren Befriedigung das Vermögen des insolventen Schuldners verwandt werden soll, durch die datio in solutum seine Befriedigung erhält.

Ueberhaupt aber erscheint es als höchst zweifelhaft, ob nach jener l. 15. D. 42, 4, wenn sie auch im Uebrigen die von Laspeyres angenommene Beziehung haben sollte, eine durch den Erben bewirkte datio in solutum von den Legataren angefochten werden kann. In jener Stelle wird derselben der Fall gleichgestellt, wo Jemandem eine Sache durch die Leistung der Litisästimation zugefallen ist. In dem letzteren Falle kann aber von einer Anfechtung Seitens der Legatare die Rede nicht sein, weil nach römischem Rechte der Beklagte durch die Leistung der litis aestimatio auch gegen den Willen des Klägers diesem die vindicirte Sache entziehen

konnte. Wird nun diesem Falle die datio in solutum, der Tausch und andere onerose Veräußerungen im Gegensatze zu reinen Liberalitätsacten gleichgestellt, so liegt die Annahme nahe, daß nach Ulpians Ansicht die onerosen Veräußerungen, also auch die datio in solutum überhaupt nicht durch die Legatare sollen angefochten werden können.

Darauf sind vielleicht auch die Schlußworte der

> l. 5. § 5. D. ut in poss. leg. s. fid. 36, 4.
>
> Earum autem, quae in causa hereditaria non erunt, non alias mittitur, quam si dolo malo (sc. heredis) in ea causa esse desierit, nec semper, sed causa cognita,

zu beziehen.

Als völlig entscheidend für seine Ansicht führt endlich Laspeyres a. a. O. S. 74 die

> l. 1. C. h. t.

an

verbis:

> Heres, qui post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecerit, bonis ejus excussis, usitatis actionibus ea, quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis.

Entweder sei dieses Rescript mit dem Glossator auf den Fall zu beziehen, wo ein Erbe nach angetretener Erbschaft einem seiner eigenen Gläubiger durch Hingabe von Erbschaftssachen an Zahlungsstatt befriedigt habe, und nun ein Erbschaftsgläubiger dieselben, weil er unbefriedigt geblieben sei, unter dem Vorwande einer alienatio fraudulosa in Anspruch nehme, oder aber dahin zu erklären, daß der Erbe bereits vor Anfall der Erbschaft seinen eigenen Gläubigern bona cedirt

und nun hinterher, um den Schuldrest zu tilgen, denselben einzelne corpora hereditaria überwiesen habe.

Beide Erklärungen sind unhaltbar und willkürlich. Jenes Rescript enthält auch nicht die geringste Andeutung von einer datio in solutum.

Die Ueberlassung der corpora hereditaria ist erfolgt ad eum, cui res cessit, also auf Grund eines vorausgegangenen Actes und zwar einer cessio rerum. Daß darunter nicht die Vereinbarung, daß gewisse Sachen in solutum gegeben werden sollen, verstanden werden kann, dürfte wohl nicht zweifelhaft sein, ebenso ist es insbesondere auch wegen des gebrauchten Perfectum: „cessit“ schon grammatisch nicht möglich, jene Worte: cui res cessit, nach dem Vorgange der Glosse mit in solutum d a n d o zu erklären.

Ferner findet sich in jener Stelle durchaus keine Unterscheidung zwischen Erbschaftsgläubigern und den eigenen Gläubigern des Erben. Auch würde nach beiden Erklärungen der in der ersten Hälfte des Rescripts ausgesprochene und vorangeschickte Rechtssatz, daß der Erbe, welcher post aditam hereditatem — — corpora hereditaria transtulit, c r e d i t o r i b u s p e r m a n s i t o b l i g a t u s, eine höchst überflüssige Bemerkung sein, da darüber keinerlei Zweifel obwalten konnte, daß der Erbe, welcher die Erbschaft angetreten hat, sich seinen Erbschaftsgläubigern durch Ueberlassung e i n z e l n e r Erbschaftssachen an seine eigenen Gläubiger nicht entziehen kann, sondern ihnen nach wie vor verhaftet bleibt.

Meines Erachtens spricht jene l. 1 C. cit. lediglich von einem Verkaufe oder einer sonstigen Veräußerung der erworbenen Erbschaft an einen Dritten.

Die Worte: „cui res cessit“ bedeuten so viel als: cui res hereditarias, hereditatem cessit.“ Der Ausdruck here-

ditatem cedere aber ist gleichbedeutend mit Veräußerung der Erbschaft,

cf. l. 4. § 28. D. de exc. doli 44, 5,

und hängt zusammen mit der im älteren röm. Rechte vorkommenden in jure cessio aditae hereditatis, von welcher bei Gajus II. §§ 35 sq. des Näheren die Rede ist.

Dort sind fast dieselben Worte gebraucht, welcher sich der Kaiser in jenem Rescripte bedient hat:

> Post obligationem (aditionem?) vero si cesserit, nihilominus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt, corpora vero ejus hereditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si singula in jure cessa fuissent.

Vgl. auch

Ulp. fr. XIX §§ 13, 14.

Die l. 1 C. cit. ist ein Rescript des Kaisers Antoninus aus dem Jahre 213 und zwar ist nach dieser Jahreszahl Antoninus Caracalla als der rescribirende Kaiser anzusehen. Unter diesem Kaiser lebte Ulpian, zu dessen Lebzeiten, wie sich aus seinen Fragmenten XIX §§ 13 und 14 ergiebt, die in jure cessio delatae hereditatis und die in jure cessio aditae hereditatis noch geltendes Recht war.

Danach handelt das Rescript des Kaisers in der l. 1 C. cit. von einem Falle, wo der Erbe nach angetretener Erbschaft dieselbe durch in jure cessio veräußert und nun die einzelnen Erbschaftssachen dem Dritten übergeben hat. Durch diese Veräußerung ist die Erbschaftsgläubigerin Cassia verkürzt worden und will dieselbe sich an den dritten Erwerber der Erbschaft halten. Der Kaiser, an welchen sie sich gewendet hat, rescribirt, daß der Erbe, da er nach angetretener Erbschaft die in jure cessio und translatio corporum hereditari-

orum vorgenommen habe, den Erbschaftsgläubigern verhaftet bleibe, und hebt der Kaiser diesen auch bei Gajus und Ulpian aufgestellten Satz gewiß hervor im Gegensatze zu dem Satze, daß die Erbschafts forderungen durch die in jure cessio untergehen und im Gegensatze zu dem Falle, wo der Erbe vor dem Erbschaftsantritt die deferirte Erbschaft durch in jure cessio überträgt, da in diesem Falle der Dritte als wirklicher Erbe den Erbschaftsgläubigern verpflichtet sein würde.

Wenn daher, fährt der Kaiser fort, jene Veräußerung der Erbschaft in fraudem geschehen ist, und das sonstige Vermögen des Erben zur Befriedigung der Bittstellerin nicht ausreicht, so kann sie mittelst der actio Pauliana die geschehene Veräußerung der Erbschaftssachen rescindiren.

Zu Justinian's Zeiten war die in jure cessio hereditatis im Sinne des älteren Rechtes längst antiquirt. Im Sinne des Justinianischen Rechtes ist daher die l. 1 C. cit. von dem Falle einer gewöhnlichen Erbschaftsveräußerung zu verstehen und enthält sie einmal den auch in anderen Gesetzesstellen ausdrücklich hervorgehobenen Rechtssatz, daß durch die Veräußerung der Erbschaft die Erbschaftsschulden nicht ohne Weiteres auf den dritten Erwerber übergehen und sodann die fernere mit den Grundsätzen der actio Pauliana im vollen Einklang stehende, aber unsere Frage gar nicht berührende Bestimmung, daß die Veräußerung einer Erbschaft unter Umständen durch die actio Pauliana angefochten werden kann.

Eben so wenig beweisend, wie die von Laspeyres für seine Ansicht angezogenen Gesetzesstellen ist auch die von Vangerow a. a. O. S. 655 citirte

l. 25. § 3. D. quae in fraud. cred. 42, 8,

verbis:

Si procurator ignorante domino, quum sciret, debitorem ejus fraudandi cepisse consilium, jussit

servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus.

Es ist willkürlich, wenn Vangerow die unterstrichenen Worte nach dem Vorgange der Glosse auf den Empfang von Sachen, die in solutum gegeben sind, beziehen will. Ebenso gut, ja viel natürlicher können sie auf den Fall bezogen werden, wo der Schuldner in Wirklichkeit das, was ihm obligationsmäßig oblag, geleistet hat, zumal kurz vorher im § 1 der l. 25 cit. von einem Creditor die Rede ist, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit.

Der Sinn jener Stelle dürfte folgender sein:

Ein Procurator hat ohne Wissen des dominus von dessen Schuldner, der, wie er wußte, seine übrigen Gläubiger benachtheiligen wollte, die Schuld durch einen Sklaven in Empfang nehmen lassen.

Er, sagt der Jurist, kann mit der actio Pauliana belangt werden. Der Grund liegt darin, daß man von ihm nicht sagen kann: suum recepit; sibi vigilavit, er vielmehr durch einen unberechtigten Act den Nachtheil der übrigen Gläubiger herbeigeführt hat, zumal der Schuldner durch die Zahlung an ihn, als einem nicht Bevollmächtigten, nicht einmal liberirt ist.

Daß der Procurator in fremdem Interesse gehandelt hat, schließt die Klage gegen ihn nicht aus, da der Grund der Verhaftung nicht das Haben, sondern das Delict ist und daher die Klage selbst dann gegen den fraudator stattfindet, wenn das den Gläubigern Entzogene überall nicht in seine Hände gekommen ist. Dies hat durch die l. 25 § 3 cit. ausgedrückt werden sollen. —

Vgl. Windscheid, Pand. § 463 n. 4[a].

Wenn endlich die Ansicht, daß die Hingabe an Zahlungsstatt anfechtbar sei, vielfach — vgl. z. B. Seuffert, Archiv

Bd. 21 N. 185 und 186 — darauf gestützt wird, daß in den Quellen die datio in solutum dem Kaufe gleichgestellt werde, letztere aber zu den von dem Edikte betroffenen Contracten gehöre, so ist schon oben hervorgehoben, daß die datio in solutum nur einem solchen Verkaufe, der die Befriedigung eines Gläubigers bezweckt, gleichgestellt werden kann.

Daß ein solcher Verkauf angefochten werden kann, geht aus den Quellen nicht hervor. Ein solcher Verkauf ist kein gewöhnlicher Verkauf mehr, sondern in Wirklichkeit eine datio in solutum, in die äußere Form eines Kaufgeschäfts gekleidet.

Auf Grund obiger Ausführungen dürfte die Ansicht, daß eine datio in solutum, sofern wenigstens die hingegebenen Sachen den Werth der Forderung nicht übersteigen, durch die actio Pauliana nicht angefochten werden kann, die richtige sein.

Diese Ansicht wird auch vertheidigt von

Puchta, Pand. § 380 Note c. Vorles. daselbst Bd. 2. S. 249.

Brinz, Pand. Bd. I. S. 531,

Günther, Rechtlexicon Bd. 2 S. 783,

Schweppe, System des Concurses § 31.

Auch haben die Oberappellationsgerichte in Lübeck und Jena in diesem Sinne entschieden.

Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 4 N. 276, Bd. 6 N. 125 u. 305, ferner in neuerer Zeit das Appellationsgericht in Celle, III. Senat.

Vgl. Zeitschrift für Hannov. Recht, Bd. III. S. 83.

Die herrschende Meinung erklärt sich jedoch gegen die hier angenommene Ansicht.

Vgl. u. A. außer

Vangerow a. a. O. S. 655,

Francke a. a. O. S. 263 ff.

Laspeyres a. a. O. S. 71 ff.

noch

Arndts, Pand. § 228,

Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl. Bd. 2. § 124. Anm. 26.

Bayer, Concursproceß, 4. Aufl. S. 70. Anm. 9.

Windscheid, Pandekten, § 463. N. 6.

Auch haben die Oberappellationsgerichte zu Cassel, Kiel, Darmstadt, München, Wolfenbüttel und Celle sich mehrfach im Sinne dieser Rechtslehrer ausgesprochen.

Vgl.

Seuffert, Archiv Bd. 3. N. 250, Bd. 12. N. 228, Bd. 18. N. 320, Bd. 21. N. 186 und 187,

Sammlung der Entscheidungen des Tribunals in Celle Bd. 5. N. 38 und 144. II.

Bei den bisherigen Erörterungen wurde vorausgesetzt, daß der Werth der in solutum gegebenen Sachen den Betrag der Forderung nicht übersteigt. Es bleibt jetzt noch die Prüfung der Frage übrig, ob, falls die Sachen einen höheren Werth haben, die datio in solutum mittelst der actio Pauliana rescindirt werden kann.

Zur Beantwortung dieser Frage sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Beide, der Schuldner und der Empfänger, haben gewußt, daß die in solutum gegebenen Sachen den Betrag der Forderung übersteigen, und hat ersterer dabei die von letzterem acceptirte Absicht zu erkennen gegeben, diesen zu bereichern und ihm durch den die Forderung übersteigenden Mehrbetrag eine Schenkung zuzuwenden.

In diesem Falle liegt im Grunde nicht ein, sondern zwei Rechtsgeschäfte, ein sog. negotium mixtum cum donatione vor. Die Hingabe der Sachen enthält zum Theil bis zum Belaufe des Werths der Forderung eine datio in solutum,

eine onerose Veräußerung, zum Theil darüber hinaus eine wahre Schenkung.

cf. l. 18 pr. D. de donat. 39, 5.

Beide Rechtsgeschäfte sind genau zu trennen. Die datio in solutum, welche in diesem Falle nur bis zum Belaufe des Werthes der Forderung anzunehmen ist, unterliegt aus den obenentwickelten Gründen an sich der Anfechtbarkeit durch die actio Pauliana nicht, dagegen kann, die sonstigen Requisite dieser Klage vorausgesetzt, die Hingabe der Sachen, soweit sie eine Schenkung enthält, rescindirt werden. Keineswegs hat aber die Rescissibilität des auf die Schenkung fallenden Antheils die Folge, daß auch die Hingabe der Sachen, soweit sie eine datio in solutum, also an sich unanfechtbar ist, mittelbar durch die actio Pauliana rescindirt wird, vielmehr ist, abgesehen von dem bekannten Satze:

Utile per inutile non vitiatur,

nach der hier vollkommen zutreffenden Analogie der

l. 5 § 5 D. de donat. inter vir. et uxor. 24, 1.

entschieden das Gegentheil anzunehmen.

Nach dieser Stelle ist nämlich, wenn ein Ehemann seiner Frau eine Sache wissentlich zu wohlfeil verkauft und das Motiv zur Schließung des Kaufcontracts nicht lediglich die Absicht gewesen ist, derselben eine Schenkung zuzuwenden, so daß ohne diese Absicht der Kauf ganz unterblieben wäre, die dadurch bewirkte theilweise Schenkung zwar ungültig, der damit verbundene Kauf aber gültig.

Vgl. auch

l. 5 § 2 D. eod. 24, 1,

Savigny, System, Bd. 4 § 154, S. 99 ff.

Nach der

l. 24 pr. D. de pignor act. 13, 7.

l. 15 D. quibus ex caus. 42, 4.

wird nun die datio in solutum als dem Kaufe ähnlich bezeichnet, der vorliegende Fall mithin so aufgefasst werden können, als habe der Schuldner die an Zahlungsstatt hingegebenen Sachen dem Gläubiger gewissermaßen absichtlich zu wohlfeil verkauft, als liege eine emtio venditio mixta cum donatione vor.

In analoger Anwendung der

l. 5 § 5 D. cit. 24, 1,

wird man auch hier annehmen müssen, daß, sofern nicht der Schuldner lediglich um der Schenkung willen die fraglichen Sachen in solutum gegeben hat, was jedoch hier, wo es sich zunächst um Tilgung einer Schuld handelt, kaum der Fall sein dürfte, die Hingabe der Sachen, soweit sie eine datio in solutum enthält, nicht schon deshalb, weil die mit ihr verbundene Schenkung der Anfechtbarkeit durch die actio Pauliana unterliegt, ebenfalls mittelst der letzteren Klage rückgängig gemacht werden kann.

Analog mag auch die Bestimmung in Bezug genommen werden, daß, wenn bei einem Kaufe mehrerer Sachen die eine derselben sich als fehlerhaft erweist, die vom Käufer geltend gemachte Redhibition sich nicht auf sämmtliche Sachen, sondern nur auf die fehlerhafte erstrecken soll, sofern den Umständen nach jener äußerlich als Ein Rechtsgeschäft erscheinende Vertrag rechtlich nicht als Ein Kauf, sondern als mehrere neben einander bestehende Kaufcontracte anzusehen ist.

cf. l. 44. D. de contr. emt. 18, 1; l. 34—36; l. 38, §§ 13 u. 14. D. de eted. ed. 21, 1.

Auch hieraus ergiebt sich der Grundsatz, daß, wenn von zwei Rechtsgeschäften, die äußerlich als Eines sich darstellen, rechtlich aber zu trennen sind, das eine rescindirt wird, dies nicht auch die Aufhebung des andern zur Folge hat.

Die Recission der Schenkung wird in dem obigen Falle

in der Weise bewerkstelligt, daß der Geldwerth des auf die Schenkung fallenden Antheils ermittelt und dieser vom Gläubiger ganz beziehungsweise soweit er noch bereichert ist, restituirt wird.

arg. leg. 5 § 5 2. D. cit.4, 1.

Vgl. Savigny, System, Bd. 4. § 154 S. 103.

2. Der Schuldner weiß, daß die in solutum gegebenen Sachen den Werth der Forderung übersteigen und hat die Absicht, durch den Mehrbetrag dem Gläubiger eine Schenkung zuzuwenden, dieser aber kennt den höheren Werth der Sachen nicht.

Hier liegt ebenfalls eine datio ni solutum mixta cum donatione vor, es ist, auch wenn der Gläubiger über den höheren Werth der Sachen irrt und der animus donandi des Schuldners ihm unbekannt geblieben, doch eine wahre Schenkung neben der datio in solutum begründet,

Vgl. Savigny, System, Bd. 4 § 152 N. a. § 160 S. 147,

es werden mithin, da es bei lucrativen Erwerbungen eines dolus des Empfängers nicht bedarf, ganz die für den ersten Fall angenommenen Grundsätze Anwendung finden.

3. Der Gläubiger weiß zwar, daß die in solutum gegegebenen Sachen den Werth der Forderung übersteigen, dagegen der Schuldner nicht.

In diesem Falle ist nur Ein Rechtsgeschäft, eine datio in solutum, begründet. Da der Gläubiger durch dasselbe nicht blos suum recepit, sondern mehr als seine Befriedigung erhält, so involvirt dasselbe den anderen Gläubigern gegenüber eine Widerrechtlichkeit und kann deshalb auch von einem dolus, einer mala fides des Gläubigers die Rede sein. Die Annahme eines dolus des Schuldners aber wird dadurch, daß ihm der höhere Werth der Sachen unbekannt gewesen, nicht

ausgeschlossen; sein dolus liegt schon darin, daß er seine Insolvenz kennend, den einen Gläubiger vor den andern, um diese zu verkürzen, befriedigt.

Vgl. Vangerow, Pand., Bd. 3. § 697 S. 648. N. 1 6. Aufl.

Da nun im vorliegenden Falle nur Ein Rechtsgeschäft, die datio in solutum, vorliegt, diese aber, so wie sie erfolgt ist, eine Widerrechtlichkeit, eine alienatio in fraudem creditorum involvirt, so kann dieselbe, als das einzige hier vorliegende und verletzende Rechtsgeschäft in ihrem ganzen Umfange und nicht etwa blos theilweise rescindirt werden; denn geschähe letzteres, so würde an die Stelle der von den Contrahenten gewollten datio in solutum eine von ihnen nicht gewollte, ganz andere datio in solutum und eine communio gesetzt werden, was unzulässig ist.

cfr. arg. leg. 26 § 4 D. de cond. ind. 12, 6, nemo invitus ad communionem compellitur.

Auch hat der Gläubiger nicht das Recht, sich von der Herausgabe der Sachen durch Nachzahlung dessen, was an dem Betrage seiner Forderung im Verhältnisse zu dem Werthe der Sachen fehlte, zu befreien; denn auch dadurch würden an die Stelle der von den Contrahenten gewollten Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse ganz andere gesetzt.

arg. leg. 7 und 8 D. h. t. 42, 8.

Die Verhältnisse liegen in diesem Falle ganz anders, als in dem sub 1 behandelten. Im letzteren, wo eine datio in solutum mixta cum donatione begründet war, ist es der wirklichen Absicht des Schuldners durchaus entsprechend, daß der Gläubiger das Ganze haben und behalten soll und zwar theils auf Grund der dadurch bewirkten datio in solutum, theils auf Grund einer damit verbundenen Schenkung. Die letztere lag aber grade darin, daß der Schuldner sich den Mehr-

betrag des Werthes der Sachen nicht herauszahlen ließ, weshalb auch die Ausgleichung, die Rescission der Schenkung gewissermaßen durch die Nachzahlung des remittirten Kaufpreises, soweit der Gläubiger dadurch noch bereichert ist, bewirkt wird, während die daneben bestehende datio in solutum nicht angefochten werden kann, weil durch sie der Gläubiger nicht mehr, als seine Befriedigung erhalten hat.

In dem unter 1 behandelten Falle wird in Folge der actio Pauliana nicht an die Stelle der von den Contrahenten gewollten datio in solutum eine andere mit verschiedenem Inhalte gesetzt, sondern Eines der beiden von ihnen gewollten neben einander stehenden Rechtsgeschäfte, nämlich die Schenkung wird rescindirt, während das andere, die datio in solutum, vollständig bestehen bleibt.

Die rechtliche Verschiedenheit der unter 1 und 3 erwähnten Fälle kann hiernach meines Erachtens nicht in Zweifel gezogen werden, und muß dieselbe consequent zu ganz verschiedenen Resultaten führen.

Eine Ausnahme von den für den Fall Nr. 3 entwickelten Grundsätzen wird man nach Analogie der l. 26 § 5 D. de cond. ind. 12, 6 nur unter der Voraussetzung machen können, daß der Schuldner statt des Geldes nicht eine Species, sondern andere Fungibilien in einem höhern Werthe, als welchen die Forderung erreicht, in solutum gegeben hat.

In diesem Falle muß dem Gläubiger die dem Werthe seiner Forderung entsprechende Quantität der Fungibilien gelassen und nur die darüber hinausgehende kann zurückgefordert werden.

4. Wußte unter den sonstigen Voraussetzungen des Falles sub 3 auch der Gläubiger nicht, daß die an Zahlungsstatt hingegebenen Sachen den Betrag seiner Forderung übersteigen, so kann, da auch hier nur Ein Rechtsgeschäft, die datio in

solutum vorliegt, im Gegensatze zu dem vorhergehenden Falle aber ein dolus des Gläubigers, der nur seine Befriedigung zu erhalten glaubte, nicht begründet ist, von einer Rescission durch die actio Pauliana aus den oben entwickelten Gründen nicht die Rede sein.

Eben so wenig kann man in diesem Falle etwa an eine condictio indebiti denken, da nicht ein Irrthum über den Umfang der Schuld, deren Existenz oder Inhalt, sondern nur über den Werth der hingegebenen Sachen zu Grunde liegt.

Vgl. Vangerow, Pand. Bd. 3 6. Aufl. § 625 N. 407 und 408.

5. Dem Schuldner wie dem Gläubiger ist es nicht unbekannt, daß die an Zahlungsstatt hingegebenen Sachen einen höheren Werth als die Forderung haben; allein durch die Umstände ist die Absicht des ersteren, dem letzteren eine Schenkung zuwenden zu wollen, ausgeschlossen. — Solche Umstände sind z. B. vorhanden, wenn der insolvente Schuldner, der baares Geld nicht hat, von dem Gläubiger hart gedrängt, um aus der ersten Verlegenheit zu kommen, und aus Furcht, der Gläubiger möchte ihn verklagen oder die Execution gegen ihn einleiten und so seine Insolvenz, die er vor Anderen noch verbergen will, ruchbar werden, dem Gläubiger die fraglichen Sachen an Zahlungsstatt hingiebt.

Hier liegt neben der datio in solutum eine Schenkung Seitens des Schuldners nicht vor; denn, wenn er auch weiß, daß er den Andern bereichert, „so liegt dies doch so wenig in seiner Absicht, daß er es gern vermeiden würde, wenn er es könnte."

Vgl. Savigny, System Bd. 4. § 152 S. 80.

Es ist mithin in diesem Falle nur Ein Rechtsgeschäft, die datio in solutum, vorhanden, die aus den sub 3 angegebenen

Gründen in ihrem ganzen Umfange mittelst der actio Pauliana angefochten werden kann.

6. Die factischen Voraussetzungen des vorigen Falles liegen vor, nur mit dem Unterschiede, daß der Gläubiger den höheren Werth der ihm in solutum gegebenen Sachen nicht kennt.

Auch in diesem Falle ist nur Ein Rechtsgeschäft, die datio in solutum begründet, durch welches, objectiv betrachtet, die übrigen Gläubiger allerdings in widerrechtlicher Weise beeinträchtigt werden. Allein, da dem Gläubiger der höhere Werth der Sachen unbekannt ist, so kann nach den obigen Ausführungen von einem dolus desselben, mithin auch von einer Anfechtbarkeit durch die actio Pauliana die Rede nicht sein.

7. Schließlich ist noch der Fall zu berücksichtigen, daß der Schuldner, in der Meinung, seine Schuld sei größer, als sie in Wirklichkeit ist, mit Rücksicht darauf ein größeres Object in solutum giebt.

In einem solchen Falle werden regelmäßig schon die gewöhnlichen Civilklagen den Nachtheil der Gläubiger ausgleichen. Kannte der Gläubiger den Irrthum des Schuldners nicht, so kann, wenn eine Species hingegeben war, dieselbe mit der condictio indebiti ganz zurückgefordert werden,

cf. l. 26 § 4 D. de cond. ind. 12, 6,

während bei der Hingabe von Fungibilien nach

l. 26 § 5 D. eod.

die condictio allerdings nur auf eine entsprechende Quantität derselben Statt findet.

Voraussetzung der Klage in diesem Falle ist, daß zur Zeit der Klagerhebung die Bereicherung noch vorhanden.

Kannte dagegen der Gläubiger den Irrthum, so geht die

Klage, ohne Rücksicht darauf, ob die Bereicherung noch vorhanden, auf vollen Schadenersatz, mag man diese Klage nun als condictio indebiti oder furtiva auffassen.

Da diese Klage zum Vermögen des Schuldners gehört und deshalb aus dessen Person auch von den Gläubigern geltend gemacht werden kann, so bedarf es in diesem Falle der actio Pauliana nicht, um den Gläubigern das ihnen Entzogene wieder zu verschaffen.

Insbesondere kann in dem Falle, wo Fungibilien in solutum gegeben sind, auch mit der actio Pauliana nicht die Restitution sämmtlicher in solutum gegebenen Fungibilien erzwungen werden, da bis zum Belaufe der wirklich bestehenden Forderung die Hingabe einer entsprechenden Quantität von Fungibilien an Zahlungsstatt nach Obigem keine widerrechtliche Benachtheiligung der übrigen Gläubiger involvirt.

Zum Schlusse sei hier noch erwähnt, daß in der preuß. Allg. G. O. das, was hier als gemeines Recht vertheidigt worden, im Wesentlichen gesetzlich festgesetzt ist.

Der § 44 I, 50 daselbst bestimmt:

„Einem Gläubiger kann der Schuldner vor entstandenem Concurse Zahlung leisten, Sachen an Zahlungsstatt angeben und abtreten, mehrere Sicherheit verschreiben und eintragen lassen, es mag der Gläubiger die Insolvenz des Schuldners gekannt haben oder nicht."

Im § 46 daselbst heißt es dann weiter:

„Wollen die übrigen Gläubiger nachweisen, daß der von dem Gemeinschuldner vor eröffnetem Concurse bezahlte Creditor mehr erhalten habe, als er wirklich zu fordern gehabt, so müssen sie darüber rechtlich gehört werden. Doch ist es ihre Sache, diesen Nachweis zu führen, in-

dem die allgemeine rechtliche Vermuthung, daß ein Schuldner nicht mehr bezahlt haben werde, als er wirklich schuldig gewesen, auch einem solchen von dem Gemeinschuldner vor eröffnetem Concurse befriedigten Gläubiger zu Statten kommt."

V.

Kritisches und exegetisches Allerlei

von

R. von Ihering.

Aeußere Gründe sind es, welche mich dies Mal bei der Wahl des Themas geleitet haben. Zum Abschluß des vorliegenden Heftes, von dem die erste Abhandlung bereits seit geraumer Zeit gedruckt ist, bedurfte es einer bestimmten Bogenzahl Manuscript, und da mir ein Beitrag, der dieser äußeren Rücksicht entsprach, nicht zu Gebote stand, blieb mir nichts übrig, als irgend eine Abhandlung zu schreiben, welche sich bei jedem beliebigen Punkt abbrechen und ebenso auch wieder fortspinnen ließ, was selbstverständlich nur bei collectiver Zusammenfassung von kleinen Einzelnheiten möglich ist. Es war mir dies eine erwünschte Gelegenheit, um einige kritische und exegetische Bemerkungen, die ich schon seit einer Reihe von Jahren in meinen Vorlesungen vorgetragen habe, und die mir der Veröffentlichung nicht unwürdig zu sein schienen, zu publiciren. Hoffentlich täusche ich mich nicht in der Erwartung, daß dieselben auch für das Leserpublikum der Jahrbücher ein gewisses Interesse haben werden, jedenfalls ist meinerseits die Auswahl der zu besprechenden Stellen durch diese Rücksicht bestimmt worden.

Daß ich bei meiner Behandlung derselben mir nicht die übliche Manier einer Inaugural-Dissertation zum Muster genommen, sondern ohne Anhäufung eines großen literarischen Apparats, der, wie der Kundige weiß, sehr leicht zusammenzutragen ist, mich im wesentlichen darauf beschränkt habe, meine eigene Ansicht auszuführen und zu begründen, wird mir hoffentlich eher gedankt als verargt werden.

I.

L. 4 § 19 de usuc. (41. 3) Paulus lib. 54 ad Edictum.

Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei possessorem, contra, quoniam in fructu est nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumpti sint; quod verum est.

Ueber das Rechtsverhältniß des b. f. p. an den von ihm gezogenen Früchten stehen sich bekanntlich zur Zeit zwei Ansichten entgegen: die Savignysche, der sich von Neuern Windscheid und Göppert angeschlossen haben[1]), vermöge deren der b. f. p. an den Früchten die bloße b. f. p., und die herrschende, der zufolge er daran das Eigenthum erhält, das er aber, wenn der Eigenthümer zeitig d. h. vor der Usucapion, dem Untergang oder der Veräußerung der Hauptsache die Vindication erhebt, auf Grund der ihm obliegenden Verpflichtung zur Leistung der omnis causa genöthigt werden kann auf den Kläger zu über-

1) Savigny, Recht des Besitzes § 22 a. Windscheid, Zeitschrift für Civilr. u. Proz. Neue Folge IV 3, Pandekten § 186. Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse 1869 S. 320 ff.

tragen[2]). Ich meinerseits habe mich von jeher mit voller Ueberzeugung zu der letzteren Ansicht bekannt, und ich habe nie begreifen können, wie man Angesichts so vieler klarer Quellenzeugnisse für dieselbe die entgegenstehende hat vertheidigen können; ich unterschreibe in dieser Beziehung ganz das Urtheil von Böcking[3]), der die letztere Ansicht „dem römischen und unserem Recht für so unentsprechend hält als etwas."

Es ist nun nicht meine Absicht, bei Gelegenheit der Besprechung der obigen Stelle, welche außer der bekannten Institutionenstelle § 35 J. de R. D. (2. 1) das einzige nennenswerthe Argument der Gegner bildet, ausführlicher auf diese Controverse einzugehen, nur möge man mir verstatten, im Vorbeigehen auf einen Gesichtspunkt aufmerksam zu machen, der meines Erachtens bisher viel zu wenig beachtet ist. Ob man dem bonae fidei possessor an den Früchten b. f. p. oder Eigenthum beilegt, ist in dem Fall, wenn es zur Vindication der Hauptsache kommt, im praktischen Resultat völlig gleichgültig, eine reine Frage der theoretischen Construction. Denn hat er die Früchte consumirt, so leistet er in beiden Fällen keinen Ersatz, hat er sie noch, so gibt er sie in beiden Fällen gleichmäßig heraus. Ganz anders aber stellt sich die Sache, wenn die Vindication der Hauptsache (durch Consumtion, Usucapion, Verkauf) ausgeschlossen ist, denn der ersteren Ansicht zufolge bleibt hier für den früheren Eigenthümer derselben immer noch die selbständige Vindication der Früchte übrig, an denen er ja das Eigenthum, der b. f. p. aber bloß die b. f. p. gehabt haben soll, während dieselbe der zweiten zufolge wie vorher so auch jetzt dadurch ausgeschlossen ist, daß der Eigenthümer an den Früchten nie das Eigenthum gehabt hat, der Anspruch auf

2) Am klarsten ausgesprochen und am besten motivirt von Keller, Pandekten § 143.

3) Pandekten § 151 Note 1.

letztere nur als Annex der reivind. der Hauptsache geltend gemacht werden kann.

Der ganze Streit über das Rechtsverhältniß des b. f. p. an den Früchten reducirt sich daher vom praktischen Standpunkt auf die Frage von der Möglichkeit einer selbständigen Vindication derselben, und es würde meines Erachtens die Sache wesentlich gefördert haben, wenn man anstatt die Frage so zu stellen: erwirbt der b. f. p. Eigenthum an den Früchten? sie so gefaßt hätte: bilden dieselben den Gegenstand einer selbständigen Vindication? Hätte man dies gethan, so würde man schwerlich die gewichtigen Bedenken, die einer solchen Behandlungsweise der Sache entgegenstehen, übersehen haben. Die Kuh ist vom b. f. p. usucapirt oder geschlachtet, für die Hauptsache selber also kann der Eigenthümer nichts mehr verlangen [4]), gleichwohl aber muß sich der Besitzer auf die Vindication des am letzten Tage der Usucapionszeit geworfenen Kalbes ge-

4) Denn die entgegengesetzte Ansicht von Windscheid, Pandekten §. 422 Note 4, der zufolge noch mittelst der condictio sine causa der Preis soll begehrt werden dürfen, halte ich für entschieden falsch; er hat dabei nicht bedacht, daß der Besitzer ja gar keinen Regreß gegen seinen Autor haben würde, da derselbe die Eviction der Sache zu seiner Voraussetzung hat, nirgends aber jene condictio, die ja im praktischen Resultat der Eviction gleich käme (Preis statt der Sache), als genügende Voraussetzung der Evictionsklage, beziehungsweise als Rechtfertigungsgrund der litis denunciatio genannt wird. Jener Windscheid'sche Satz würde eine völlige Schutzlosigkeit des b. f. p. nach geschehener Veräußerung oder Verjährung, also eine völlige Unsicherheit des Eigenthumsverkehrs zur Folge haben. In welchem Umfange jene condictio Platz greift, habe ich an anderer Stelle (in meinen Abhandlungen aus dem römischen Rechte S. 78 fl.) zu begründen versucht, und die Stellen, welche Windscheid gegen meine Ansicht anführt, machen mich nicht andern Sinnes, denn sie sprechen sämmtlich von dem Verhältniß, auf das ich jene Klage beschränkt habe (Besitz ohne Titel), und für welches jenes der Gefahr des Evictionsregresses entnommene Bedenken gar nicht existirt.

faßt machen. Und wenn das Kalb inzwischen eine Kuh geworden und selber wieder gekalbt hat, so würde der b. f. p. an diesem zweiten Kalbe natürlich eben so wenig sofort das Eigenthum erhalten, sondern auch dieses erst usucapiren müssen, und in dieser Weise würde sich das ursprüngliche Eigenthum an der Kuh in zweiter, dritter und weiterer Generation unausgesetzt fortpflanzen, und es könnte schließlich eine ganze Heerde werden, die der ursprüngliche Eigenthümer vindiciren dürfte, da selbstverständlich die Usucapion oder Consumtion der einzelnen von der Stammkuh descendirenden näheren Kühe nicht den Eigenthumserwerb der von ihnen abstammenden entfernteren zur Folge haben würde, letztere vielmehr selbständig usucapirt werden müßten. Ich warte ab, ob mir Jemand die Irrigkeit dieser Schlußfolgerung nachweisen wird.

Fassen wir jetzt aber einmal die Vindication der Früchte in der Person der dritten Besitzer, die sie von unserem b. f. p. gekauft haben, in's Auge. Da sie nicht das Eigenthum am Kalbe erworben haben, so kann zunächst letzteres selber von ihnen vindicirt werden. Selbstverständlich wenden sie sich mit der Evictionsklage gegen ihren Auctor. Und was ist jetzt die Folge? Der bekannte unbestrittene Satz des römischen Rechts, daß der b. f. p. die consumirten Früchte lucrificirt, wird dadurch auf einem Umwege escamotirt, er muß sie dennoch vergüten und regelmäßig zu viel höherem Betrage, als wenn er es direct dem Eigenthümer gegenüber gethan hätte, dem letzteren hätte er bloß den erhaltenen Kaufpreis herausgegeben, aber dem Käufer muß er vielleicht das Doppelte zahlen! Die ganze Gestaltung des Rechtsverhältnisses geräth also dadurch mit sich selber in Widerspruch, die Befreiung des b. f. p. von der Haftpflicht im Fall der Consumtion wird zu einer leeren Phrase.

Oder fiele der Verkauf der Sache vielleicht nicht unter den Gesichtspunkt der Consumtion? Ob der Besitzer das Kalb

im Werth von 5 Thlr. selber geschlachtet und verzehrt oder es verkauft hat, was sollte es verschlagen? Bereichert ist er auch im ersteren Fall ganz so wie im zweiten, und will man ihn auf Grund seiner Bereicherung im zweiten Fall zur Herausgabe des Kaufpreises verurtheilen, als sei letzterer an die Stelle der Früchte getreten, so daß man hier also noch von fructus extantes sprechen könnte[5]) warum nicht auch im ersteren Fall? Der ökonomische Erfolg der Consumtion dauert hier in seinem Vermögen ganz so fort, wie dort[6]). Und wenn er das Kalb oder die Kartoffeln theilweise verkauft, theilweise verzehrt hat, soll hier der Richter dem Kläger Beweis darüber auflegen, wie viel der Beklagte davon in die eigene Küche geliefert hat? Nein! auch der Verkauf ist eine Consumtion, allerdings keine reale, keine Zerstörung der Sache, aber eine relative für das Vermögen des b. f. p. und gerade dieser Gesichtspunkt ist für den Begriff der Consumtion der entscheidende, wie das römische Recht nicht bloß in verschiedenen andern Fällen ausdrücklich ausgesprochen hat[7]), sondern auch in besonderer Beziehung auf unser Verhältniß dadurch implicite anerkennt, daß es die Haftung des malaé fidei possessor für die verbrauchten Früchte mit der für die „fructus consumti" identificirt. Vom m. f. p., sagt der § 35 J. cit.: fructus, licet consumti sint, cogitur restituere. Heißt das: bloß diejenigen, die er selber gegessen? Dann würde er ja für die

---

5) So Windscheid, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Neue Folge IV S. 125.

6) arg. l. 25 § 16 de her. pet. (5. 3) . . in statutis vero suis sumtibus videatur locupletior factus.

7) z. B. l. 3 § 3 Rer. amot. (25. 2) Res, quas mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumserit. In Bezug auf Geld und Vermögen ist diese Bedeutung von consumere allbekannt.

verkauften nichts zu vergüten brauchen? Wenn aber „fructus consumti“ hier zweifellos auch die ökonomisch consumirten d. h. verkauften Früchte umfaßt, woraus in aller Welt soll man denn entnehmen, daß derselbe Ausdruck in derselben Stelle zwei Zeilen vorher in Anwendung auf den b. f. p. in einem total anderen Sinn genommen werden soll?

Aber kehren wir zu unserem dritten Käufer der Frucht zurück. Er hat also am Kalbe nicht das Eigenthum, sondern die bloße b. f. p. Die Folge davon ist, daß, wenn dies Kalb vor Ablauf der Usucapionszeit als Kuh selber kalbt, auch an dem zweiten Kalbe für ihn kein Eigenthum entsteht. Und so spielt sich denn auch bei ihm ganz dieselbe Geschichte ab, wie bei seinem Auctor. Nach 20 Jahren sind alle in den ersten 17 Jahren bei ihm geworfenen Kälber, soweit sie als Kühe und Ochsen noch existiren, usucapirt, aber die ganze übrige Descendenz ist dem Bann verfallen, mittelst dessen die obige Theorie die Frucht dem ursprünglichen Eigenthümer sichert. Und nun denke man sich, daß diese Käufer erster Ordnung die Kälber wiederum veräußert haben an andere, diese die ihrigen wieder an dritte und so fort, und man hat schließlich ein anschauliches Bild von der praktischen Gestaltung der obigen Theorie.

Und eine solche civilistische Mißschöpfung hätte bei den Römern das Licht der Welt erblicken sollen? Die Römer haben viel zu klar gefühlt, daß sich die Eigenthumsidee, um praktisch zu sein, nicht bis in alle ihre Consequenzen verfolgen läßt, daß es vielmehr für das Eigenthum gewisse Marksteine giebt, bei denen es sich bricht, d. h. das alte Eigenthum untergeht und ein neues entsteht. Gerade darauf beruht die Sicherheit des Eigenthumsverkehrs, und dieser Rücksicht verdanken wir wie die Usucapion, so auch die Specification, Accession und den Fruchterwerb des b. f. p. Nicht um das Interesse des b. f. p.

allein handelt es sich bei dem Eigenthum, welches das römische Recht und über dasselbe zum Theil noch hinausgehend die neuern Gesetzgebungen [8]) ihm zugestehen, sondern ebenso sehr oder richtiger in noch viel höherem Grade um das Interesse der dritten Personen, die von ihm kaufen, um das Interesse des Eigenthumsverkehrs. Damit die Frucht aus der Hand des Producenten frei und sicher in den Verkehr trete, ganz so wie das Fabrikat aus der des Fabrikanten, Handwerkers, darum allein schon hätte man dem b. f. p., auch wenn sich in seiner Person das Recht, das man ihm einmal einräumen wollte, mit Hülfe des Gesichtspunktes der b. f. p. hätte bestreiten lassen, das Eigenthum zugestehen müssen. Wenn man der Ansicht, die ich hier vertrete, mit der Frage hat begegnen wollen: wie es denn zugehe, daß das römische Recht dem b. f. p. einerseits das Eigenthum zuspreche und andererseits ihm die Verpflichtung zur Restitution der fructus extantes auferlege, damit also, was es mit der einen Hand gegeben, mit der andern wiederum nehme, so antworte ich: weil in keiner andern Weise das beabsichtigte Eigenthum der dritten Erwerber der Frucht sich hätte gewinnen lassen. Die Frage oder das Verhältniß hat zwei Seiten: eine absolute, mit der es sich den dritten Personen, eine relative, mit der es sich dem b. f. p. zukehrt. Für jene ist der einmal erfolgte Eigenthumserwerb vollkommen wirksam, dem letzteren gegenüber aber ist er einer beschränkten d. h. an die Voraussetzung der Vindication der Hauptsache geknüpften Aufhebung ausgesetzt. Eben wegen dieser beschränkten, rein relativen Natur des Anspruchs des

8) Indem sie ihm nämlich ein unwiderrufliches Eigenthum zusprechen. Preuß. Landr. I. 7 § 185. Oesterr. bürgerl. G. B § 330. Bürgerl. G. B. für Sachsen § 244. Code Napoléon art. 549. Codice civile del regno d'Italia § 703, wonach der zu allgemein lautende § 444 zu beschränken ist.

Eigenthümers auf die vorhandenen Früchte konnte man demselben unmöglich die Gestalt des Eigenthums geben, sondern man mußte, wie die römischen Juristen dies gethan haben, ihn in die Form eines gesetzlichen, seiner Natur nach obligatorischen Nebenanspruchs der reivind. bringen. Es ist das also ganz derselbe Mechanismus, wie er sich im römischen Recht so oft wiederholt, z. B. bei den Condictionen wegen unvollkommener oder mangelnder causa, bei der rest. in integrum, so weit sie bloß in personam, nicht in rem ertheilt wird. Der b. f. p. hat in Bezug auf die Früchte ganz dieselbe Stellung, wie der, in dessen Person sich der Eigenthumsübergang durch die genannten Rechtsmittel anfechten läßt; in seiner Person ist das Eigenthum anfechtbar, in der seiner Nachfolger nicht[9]).

Die gegnerische Ansicht wäre schwerlich je aufgestellt worden, wenn sie nicht in der oben abgedruckten Stelle eine scheinbar unwiderlegliche Stütze gefunden hätte. In ihr wird das Eigenthum des b. f. p. an den von den besessenen Schafen geworfenen Lämmern dadurch geradezu negirt, daß es an die Voraussetzung der Consumtion geknüpft wird. Idem in agnis dicendum, si consumti sint, das heißt jedenfalls, wie man auch über dieses seltsame erst mit dem Moment, wo dasselbe unmöglich wird, entstehende Eigenthum denken mag: vor der Consumtion hat der b. f. p. kein Eigenthum. Begreiflicher Weise hat dieser Ausspruch des Juristen den Vertheidigern der Eigenthumstheorie (wie ich der Kürze wegen die Ansicht bezeichnen will, welche dem b. f. p. an den Früchten das Eigenthum gewährt) die größten Schwierigkeiten gemacht, und es sind verschiedene Versuche unternommen, die Stelle mit dieser Theorie

9) Ueber diesen Mechanismus habe ich mich des weiteren in meinem Geist des R. R. III. Aufl. 2 S. 207 (Aufl. 1 S. 202) ausgesprochen.

zu vereinigen. So insbesondere von Puchta[10]). Der Zusatz: si consumpti sint, soll ihm zufolge den Gedanken ausdrücken, daß „die Lämmer einer Heerde (welchen gewöhnlichen Fall der Jurist voraussetzt) Früchte dieser sind, also als separirt erst bei der Ausscheidung aus der Heerde betrachtet werden können, und diese Ausscheidung pflegt durch Veräußerung oder Verzehrung zu geschehen." Allein unmöglich konnte der Jurist, wenn er schlechthin von Lämmern sprach, von seinen Lesern erwarten, daß sie ein Erforderniß, das er in unbeschränkter Allgemeinheit aussprach, ohne die geringste Andeutung von seiner Seite, nur auf den Fall der Heerde, vielmehr mußte er darauf gefaßt sein, daß sie dasselbe auf beide Fälle beziehen würden. In dieser Allgemeinheit aber enthielt das Erforderniß eine entschiedene Unrichtigkeit, denn nach Puchta soll ja Paulus für die von einem einzelnen Schafe geworfenen Lämmer die Consumtion nicht begehren. Aber auch wenn man Puchta zugeben wollte, daß Paulus lediglich den Fall der Heerde vor Augen gehabt habe, wie in aller Welt konnte derselbe für den an sich richtigen Gedanken der Trennung der Lämmer von der Heerde (s. u.) eine so völlig unzutreffende, irreführende Ausdrucksweise wählen, da er ja nur einfach hätte zu sagen brauchen: si a grege separati sint? Man thut Puchta gewiß nicht Unrecht, wenn man diese seine Idee für völlig ungesund und verfehlt erklärt.

Nicht besser ist der Versuch in dem „elliptischen, stilistisch freilich nicht nachahmungswürdigen Zusatz: si consumti sint"[11]) die Hinweisung auf die durch die Consumtion eintretende Befreiung des b. f. p. vom Ersatz der gezogenen Früchte

10) Cursus der Institutionen II. § 242 Note 11.

11) Böcking, Pandekten § 151 Note 23, und ebenso manche andere.

zu erblicken. Der Vorschlag erledigt sich dadurch, daß Paulus in der Stelle lediglich die Eigenthumsfrage behandelt, wobei die Frage von der obligatorischen Haftung des b. f. p. gegenüber dem Vindicanten gar nicht zur Sprache kam. Der Ansicht zufolge hätte Paulus die Frage in dem Moment, wo er sie sich stellte, vergessen und seinen Lesern zugemuthet, die Antwort auf eine andere Frage zu beziehen, als die er selber aufgeworfen hatte.

Andere haben die anstößigen Worte: si consumti sint für ein Glossem von unberufener Hand erklären wollen [12]. Das Gefühl, das sie dabei leitet, ist nach meinem Dafürhalten ein ganz richtiges, die Stelle kann in ihrer jetzigen Gestalt unmöglich ächt sein. Nicht etwa, weil sie mit den sonstigen Quellenäußerungen in Widerspruch steht, sondern weil sie durch sich selber den Glauben an ihre Aechtheit aufhebt, wie ich sofort nachzuweisen versuchen werde. Gleichwohl aber läßt sich die Annahme eines Glossems aus dem Grunde nicht aufrecht erhalten, weil unser Passus sich nicht bloß in allen Handschriften, der Florentina wie den Vulgatmanuscripten, sondern selbst in den Basiliken (50, 3, 4 § 19), wiederholt. Damit verträgt sich wohl die Annahme irgend eines in diesem Zusatz steckenden Fehlers, nicht aber die eines Einschiebsels in den Text.

Die erstere Annahme ist es nun, die ich im Folgenden zu rechtfertigen gedenke.

Zwei Ausstellungen sind es, die ich gegen die Stelle in ihrer jetzigen Fassung erhebe. Die erste besteht darin, daß Paulus, nachdem er für das von ihm zuerst erwähnte Beispiel der Wolle den entscheidenden Gesichtspunkt: quoniam in fructu est und die daran geknüpfte Consequenz: nec

---

12) So Vangerow, Pandekten I § 326 (Aufl. 7 Bd. 1 S. 628), bei dem auch die sonstige Literatur über die Stelle sich findet.

usucapi debet, sed statim emtoris fit bereits ausgesprochen hat, es noch für nöthig hält zu bemerken, daß dieser Gesichtspunkt auch für die Lämmer gelte. Denn was hieß dies anders, als seine Leser darüber belehren, daß die Lämmer ebenfalls zu den Früchten gehören? Man begreift, daß ihm die Erwähnung der letzteren geboten erschien, wenn er für sie etwas Besonderes zu bemerken hatte, das nicht auch für die Wolle galt, aber insofern dies nicht der Fall war, lag keine Veranlassung vor, das von ihm einmal aufgestellte Princip: „quoniam in fructu u. s. w. noch an den Lämmern zu exemplificiren; er schrieb ja weder für Anfänger (die Stelle ist keinem Institutionencompendium, sondern dem 54. Buch von Paulus Edictscommentar entlehnt), noch behandelte er hier ex professo die Lehre von der Frucht, so daß er neben der Wolle alles, was die Schafe an Frucht abwerfen — und warum dann nicht auch die Milch? — hätte nennen müssen.

Doch es sei: Paulus hat einmal die Bemerkung für nöthig gehalten. Allein das genügte ihm noch nicht, sondern nachdem er sie selber ausgesprochen, fügte er noch bestätigend hinzu: quod verum est. Aus diesem Zusatz ergiebt sich unzweifelhaft, daß Paulus die vorhergehende Bemerkung einem andern Juristen entnommen hatte, denn die Bestätigung einer eigenen nicht etwa frageweise oder zweifelnd, sondern ganz kategorisch vorgebrachten Aeußerung wäre ohne Gleichen. Nun frage man sich, ob es glaublich ist, daß ein Paulus eine solche Trivialität, daß die Lämmer zu den Früchten gehören, noch erst einem andern Juristen entnommen und es für nöthig gehalten habe, sie durch seine eigene Autorität zu bestätigen? Nach meinem Dafürhalten völlig undenkbar! Ich komme dadurch zu dem Schluß: mit den Lämmern hat es eine besondere Bewandtniß; wenn Paulus sich gemüßigt fand, ihrer zu gedenken, so geschah es nicht, um die Identität dieses zwei-

ten Beispiels mit dem ersten zu constatiren, sondern umgekehrt, um einen Umstand hervorzuheben, der nur bei ihnen, nicht auch bei der Wolle Platz griff.

Die zweite Ausstellung, die ich gegen unsere Stelle erhebe, ist der innere logische Widerspruch, den sie in sich schließt. Was würde man zu folgendem Satz sagen: Wasser ist überall umsonst zu haben, und dasselbe gilt vom Wein, wenn man ihn bezahlt? Der logische Zusammenhang der Stelle des Paulus aber ist um nichts besser. Die Wolle, sagt er, gehört uns sofort, und ebenso ist es bei den Lämmern, aber die Lämmer muß man erst consumiren. Soll diese Beschränkung bloß für die Lämmer gelten, mit welchem Recht kann dann Paulus sagen: idem dicendum? Durch jene Beschränkung hebt er ja die angebliche Identität völlig wieder auf, da „sofort" und „nach erfolgter Consumtion" etwas wesentlich Verschiedenes ist — er widerlegt sich selber. Wenn aber das Erforderniß der Consumtion gleichmäßig für die Wolle wie für die Lämmer gelten sollte, so durfte Paulus in Bezug auf erstere unmöglich sagen: statim emtoris fit, sondern er mußte das Erforderniß schon bei ihr namhaft machen. Kurz, die Stelle schließt einen inneren Widerspruch in sich: entweder ist das statim richtig, dann ist das idem dicendum, si consumti sint falsch, oder letzteres ist richtig, dann ist ersteres falsch.

Wo steckt nun der Fehler? Offenbar in dem Zusatz: si consumti sint. Derselbe hat, wie er auch gelautet haben mag, zweifellos eine Beschränkung zu dem idem dicendum hinzugefügt, aber eine solche, welche nur bei den Lämmern, nicht auch bei der Wolle möglich war, und die daher nicht schon bei letzterer, sondern erst bei jenen namhaft zu machen, deren Hervorhebung aber nothwendig war, wenn die Gleichstellung beider nicht etwas unrichtiges enthalten sollte. Fragen wir uns nun: fallen die Wolle und die

Lämmer stets und unter allen Umständen unter den Gesichtspunkt der Frucht, so ist dies nur für die Wolle schlechthin zu bejahen. Die Lämmer hingegen sind nicht schlechthin Frucht, denn sie sind es nicht, wenn es sich um die Vindication einer Heerde handelt, welche durch die geworfenen Lämmer completirt worden ist; denn diese Lämmer bilden nicht eine Frucht, sondern einen Bestandtheil der Heerde. In Bezug auf den Usus fructus einer Heerde ist dies allbekannt. An den von derselben geworfenen Lämmern schwebt das Eigenthum, bis der Usufructuar sich entschieden hat, ob er sie zur Heerde geben oder für sich behalten will; im ersteren Fall fallen sie als Bestandtheil der Heerde in das Eigenthum des Heerdeneigenthümers, im zweiten Fall als Frucht in sein Eigenthum[13]), — ein Eigenthumserwerb, durch den selbstverständlich der obligatorische Anspruch des Eigenthümers auf richtige Ergänzung der Heerde in keiner Weise alterirt wird[14]).

Dieselbe Ungewißheit hinsichtlich des rechtlichen Schicksals der geworfenen Lämmer und derselbe Einfluß, den die Vereinigung oder die Sonderung von der Heerde ausübt, wiederholt sich auch dann, wenn ein b. f. p. die Heerde besitzt. Vindicirt der Eigenthümer dieselbe, so geht seine Vindication auf den jetzigen Bestand derselben, damit also implicite auch auf alle von den ursprünglichen Schafen geworfenen, jetzt in der Heerde befindlichen Lämmer, und gerade diese stetige Erneuerung der Heerde aus sich selber, welche sie als ein dauerndes Ganze, als eine natürliche Einheit erscheinen läßt[15]), hat bei ihr im römischen Proceß schon von Alters her (Gaj. IV 17) jene eigenthümliche Art der Vindication zu Wege gebracht, die

13) l. 70 § 1 de usufr. (7. 1).

14) l. 68 § 2, l. 69, l. 70 pr. ibid.

15) Ebenso der Bienenschwarm, l. 5 § 2, 4 de A. R. D. (41. 1).

bei andern Collectivmassen, die sich nicht aus sich selbst ergänzen, nicht zugelassen ist[16]). Aber die Lämmer, die vom b. f. p. nicht zur Heerde gegeben sind, kann der Vindicant nicht mit vindiciren, auf sie hat er nur den Anspruch, den ihm die Haftung des Beklagten für die fructus extantes gewährt. So entscheidet wie der Usufructuar so auch der b. f. p. darüber, an wen das Eigenthum der Lämmer fällt. Steckt er sie unter die Heerde, so fallen sie als Zuwachs der Heerde an den Eigenthümer[17]); nimmt er sie für sich — und dies ist nicht bloß so möglich, daß er sie schlachtet oder verkauft, sondern auch so, daß er sie seinem Sklaven als peculium überläßt[18]) oder sie zur Completirung einer andern Heerde verwendet, kurz so, daß sie forterxistiren — so sind sie „in fructu", unter dieser Voraussetzung aber gilt dann von ihnen der obige Satz von Paulus: „in fructu est nec usucapi debet, sed statim emtoris fit"[19]).

Es erklärt sich daraus, daß Paulus nicht einfach sagen konnte: idem in agnis dicendum est, denn damit hätte er in dieser Allgemeinheit etwas Unrichtiges behauptet, er mußte vielmehr einen Zusatz hinzufügen, der auf den zwar nicht von ihm ausdrücklich erwähnten, aber doch immerhin möglichen

16) l. 3 § 1 ibid. Armamenta navis singula erunt vindicanda, scapha quoque separatim vindicabitur. l. 56 ibid. S. über die obige Behauptung meinen Geist des R. R. III S. 38.

17) l. 58 § 4 ad SC. Trebell (36. 1) . . foetus pecorum summissi gregem retinent.

18) Gerade dieser Fall war nach den Berichten der Römer der älteste Fall des peculium. S. meinen Geist des R. R. I S. 242 (Aufl. 1 S. 235), Varro de L. L. V § 95: id enim peculium primum.

19) Es kommt in unsern Quellen noch ein dritter Anwendungsfall des Verhältnisses vor, nämlich bei der Dos, l. 10 § 3 de J. D. (23. 3) summissis in locum mortuorum capitum ex agnatis residuum in fructum maritus habeat.

Fall, daß die Schafe, um deren Lämmer es sich handelte, zu einer Heerde gehörten, Bezug nahm. Dies ist der obige Zusatz; in ihm muß die Bezugnahme auf den obigen Fall enthalten sein. Aber wie? Die Ergänzung der Heerde durch den Usufructuar wird bezeichnet durch summittere, supplere, substituere, und zwar scheint der erstere Ausdruck der eigentliche terminus technicus gewesen zu sein[20]), es reichte also vollkommen aus, wenigstens für diejenigen Leser, auf welche das betreffende Werk von Paulus ad edictum berechnet war, wenn der Verfasser einfach, ohne Namhaftmachung des Falls der Heerde, den Zusatz hinzufügte: si summissi non sint[21]). Angenommen, nun, daß es sprachlich zulässig wäre, das si non zu verbinden, so ist es klar, wie aus dem:

si non sumissi sint

das si con sumpti sint

entstehen konnte. Theodor Mommsen, dem ich meine Conjectur mittheilte, hat mir die Unzulässigkeit einer solchen Stellung der Negation vor dem Participium statt vor dem Hülfszeitwort eingewandt, und es bedarf nicht erst der Bemerkung, daß meine Conjectur, wenn sie genöthigt wäre, das si non, aus dem sich ihr zufolge das si con(- sumti sint) gebildet haben soll, von einander zu trennen, sich selber so gut wie aufgeben müßte, und Mommsen, dem sie im übrigen einleuchtete, hat daher die Fassung: si non summisit, substituirt und sie in dieser Fassung in

---

20) Man vergleiche insbesondere l. 69 und l. 70 de usufr. (7. 1), aber auch l. 58 § 4 ad SC. Trebell. (36. 1) und l. 10 § 3 de J. Dot. (23. 3) Varro de re rust. II 2, 18, II 3, 8.

21) So lautete auch beim Usufructuar die Regel ganz allgemein auf Verpflichtung zum summittere, l. 70 § 3 de usufr. (7. 1.) Sed quod dicitur: debere eum summittere, totiens verum est, quotiens gregis ... ususfructus legatus est; ceterum, si singulorum capitum, nihil supplebit, die Beziehung des summittere auf den Fall der Heerde verstand sich für den Kundigen von selbst.

den Addendis zu seiner Ausgabe der Digesten zu dieser Stelle mitgetheilt. Obschon mir nun freilich von Philologen, die ich um Rath gefragt habe, die Antwort geworden ist, daß jene Umstellung der Negation sprachlich nicht unmöglich sei, indem der Platz der Negation sich lediglich darnach bestimme, wie der Gedanke nüancirt werden solle, und ich ceteris paribus meiner Fassung, welche den ursprünglichen und den corrumpirten Text durch das beiden gemeinschaftlich verbleibende sint mehr einander annähert, als die Mommsensche, den Vorzug geben würde, so ordne ich mich doch bei einer solchen kritischen Frage willig der Autorität von Mommsen unter. Anfänglich hatte ich auch an: si nondum gedacht, wogegen das obige sprachliche Bedenken nicht Platz greifen würde, allein es ist mir von Mommsen mit Recht dagegen eingewandt worden, daß das in den Zusammenhang nicht recht passen würde.

Legen wir also die Mommsen'sche Textrestitution zu Grunde, so ist klar, daß es nur einer kleinen Undeutlichkeit der abzuschreibenden oder durch Dictat zu vervielfältigenden Handschrift bedurfte, damit aus

SI NON SUM MI SIT
SI CON SUM PTI SINT

wurde.

Bei dem Einfluß, den die Consumtion bei dem Fruchterwerb einmal ausübt, konnte in diesem Fall selbst ein Jurist sich täuschen lassen, und ich schrecke, wenn es sein muß, selbst vor der Annahme nicht zurück, daß schon die Redactions-Commission Justinians das Opfer eines fehlerhaften Textes des Werkes von Paulus geworden ist. Jedenfalls haben die Verfasser der Basiliken unsern heutigen Text vor sich gehabt, und ebenso der Abschreiber der Florentina, der Fehler reicht also der Zeit nach sehr weit zurück, wahrscheinlich war er

schon in der Handschrift begangen, aus der die Compilatoren die l. 4 cit. entnahmen, oder ward es bei Uebertragung derselben aus dieser Quelle in die justinianeischen Pandekten.

Eine solche Ansicht, welche sich erdreistet, den Ursprung eines Fehlers unserer Handschriften bis auf Justinian und über ihn hinaus zurückzuführen, hat zu ihrer Voraussetzung die Annahme, — und der Zweck dieser Beiträge geht mit dahin, dieselbe durch mehrere unbestreitbare Belege zu begründen — daß sich schon in dem handschriftlichen Material, das Justinians Compilatoren vor sich hatten, Fehler befunden haben, die, durch letztere legalisirt, von den Basiliken und unsern Handschriften übereinstimmend fortgepflanzt worden sind[22]). Wenn schon Theodor II. und Valentinian III. in dem s. g. Citirgesetz (426) über die Unsicherheit des Textes der Schriften der klassischen Juristen klagen („antiquitatis incertum") und eine darauf bezügliche Verfügung erlassen („libri codicum collatione firmentur"), so werden wir nicht erwarten dürfen, daß es mit diesem Uebelstand ein Jahrhundert später unter Justinian besser bestellt gewesen sei, und wir können Justinians eigenes Zeugniß in Bezug nehmen, um darzuthun, wie sehr auch er denselben empfunden hat. Siglorum captiones, sagt er in seiner Const. Deo Auctore § 13, et compendiosa aenigmata multas per se et per suum vitium antinomias introduxerunt; mit Rücksicht darauf verbietet er ja eben für die Zukunft den Gebrauch der Sigeln und Ab-

22) Auf dieser Annahme beruht auch der Emendationsvorschlag, den Theodor Mommsen in seiner Ausgabe der Pandekten in Bezug auf die l. 48 § 5, 6 de furt. (47. 2) macht; da unser gegenwärtiger Text durch die Autorität sowohl der Basiliken als der Florentiner bestätigt wird, so dürfte die Corruption desselben auf die von den Compilatoren Justinian's benutzte Handschrift von Ulpian zurückgehen.

kürzungen. Damit war die Quelle der Irrungen für die Zukunft allerdings verschlossen, aber die Fehler, die sich einmal eingeschlichen hatten, waren damit nicht ungeschehen gemacht, und die juristische Bildung und das kritische Vermögen der Zeit, sowie die Eile, mit der die Redactionscommission Justinians arbeiten mußte, war sicherlich nicht darnach angethan, um Fehler, die nicht mit Händen zu greifen waren, zu entdecken und zu berichtigen.

Nachdem die gegenwärtige Abhandlung von mir bereits abgeschlossen war, ging mir die jüngste Schrift von Koeppen: Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor, Jena, 1872, zu. Darin findet sich auf S. 80 in Note 181a eine Bemerkung über die so eben entwickelte Ansicht, die ihm aus Mommsen's Addendis bekannt geworden war. Koeppen bekämpft dieselbe, indem er meint, daß von uns beiden „übersehen würde, daß Paulus, wie im ersten Fall der Stelle eine Veräußerung der Wolle von Seiten des Diebes, so im zweiten Fall eine Veräußerung von Seiten des b. f. emptor voraussetze und deshalb hier schon implicite den Satz ausspreche, auf den er im letzten Fall der Stelle mit den Worten: si consumti sint hinweise: durch die Consumtion werde der b. f. p. definitiv Eigenthümer der Früchte“. Die Erklärung, die Koeppen von unserer l. 4 § 19 de usuc. giebt, ist meines Wissens völlig neu, aber nach meinem Dafürhalten schwerlich eine glückliche. Sie sieht sich genöthigt, den b. f. p. der Stelle, der die Wolle scheeren läßt, und dem daran „statim“ das Eigenthum zufallen soll, zu dem Zweck erst noch einen Verkauf derselben vornehmen zu lassen; erst durch letzteren bez. durch die mittelst seiner bewirkte Consumtion erlange der

Verkäufer an der Wolle definitives Eigenthum. Die Andeutung eines solchen Verkaufs, von dem die Stelle selber direct nichts enthält, erblickt Köppen in dem „usucapi non potest" des ersten Satzes der Stelle, und es ist vollkommen richtig, daß der Jurist bei dieser Bemerkung den Fall des Verkaufs der Wolle von Seiten des Diebes im Auge hat, denn von der Usucapion derselben durch den Dieb selber konnte ja ohnehin nicht die Rede sein, dazu bedurfte es nicht erst der Hinweisung auf die Furtivität der Sache. Wenn aber Koeppen nun meint, daß der Jurist, indem er zum b. f. p. übergeht, auch bei ihm dieselbe Voraussetzung des erfolgten Verkaufs der Sache beibehalte, so ist dies meiner Ansicht nach eine durch nichts gerechtfertigte Supposition. Der Gegensatz beider Fälle ist: die vom Diebe geschorene Wolle ist furtiv, die vom b. f. p. geschorene ist es nicht („contra"). Damit hätte er schließen können, und wenn er es gethan hätte, würde Niemand ihm den Gedanken an den Verkauf der Wolle von Seiten des b. f. p. als einen nothwendigen haben unterlegen können, denn die von ihm eingeräumte Möglichkeit der Usucapion griff ja nicht erst in der Person des Käufers der Wolle, sondern schon in der des ursprünglichen b. f. p. Platz. Eben der damit hervorgerufene Gedanke an die Usucapion von Seiten des b. f. p. bestimmte und nöthigte ihn zu einem weiteren Zusatz, denn der Gedanke war ein irriger und mußte zurückgewiesen werden, und dies thut Paulus, indem er fortfährt: der b. f. p. selber kann die Wolle gar nicht usucapiren (nec usucapi debet), denn sie fällt sofort in sein Eigenthum, da sie zur Frucht gehört (quoniam in fructu est... statim emtoris fit).

Wo liegt hier die geringste Nöthigung vor, erst noch einen Verkauf der Wolle von seiner Seite zu supponiren? Ja, wie verträgt sich damit das: statim emptoris fit? Wie paßt

das statim, wenn der b. f. p. erst nach Monaten oder gar wenn er überhaupt nicht verkaufte? Und warum wird, wenn erst die Consumtion dem b. f. p. das definitive Eigenthum gewähren soll, als einziger Fall derselben nur der des Verkaufs, nicht auch der der materiellen Consumtion gesetzt?

Aber angenommen, Paulus habe bei den beiden ersten Fällen der Stelle ausschließlich den Fall des Verkaufs vor Augen gehabt, warum hält er es für nöthig, bei dem dritten Fall: dem der Lämmer, zu dem: idem dicendum noch den Zusatz: si consumti sint hinzuzufügen? Ich will davon absehen, daß er damit seine bisherige Voraussetzung des bloßen Verkaufs generalisirt zu der allgemeineren der Consumtion, was zu dem „idem dicendum“ nicht mehr paßt. Aber wenn denn einmal die Voraussetzung des Verkaufs in den beiden ersten Fällen so klar vorlag, daß Koeppen ein „Uebersehen“ meinerseits darin erblickt, daß ich dieselbe nicht wahrgenommen habe, warum hat Paulus denn nöthig, sie bei dem dritten Fall noch erst namhaft zu machen, und zwar nicht etwa in Form einer bloßen Wiederholung oder Einschärfung eines bisher bereits ausdrücklich oder stillschweigend gesetzten Erfordernisses, sondern als ein völlig neues? Und warum überhaupt noch die Erwähnung der Lämmer? Auf diese, wie sich aus dem Bisherigen ergeben hat, für das Verständniß der Stelle so ungemein wichtige Frage läßt Koeppen uns ohne Antwort; die Gründe, die ich oben (S. 324) diesem Umstande entlehnt habe, behalten daher auch seiner Erklärungsweise gegenüber ihre volle Geltung.

Dem Bisherigen nach kann ich daher den Versuch von Koeppen, die l. 4 § 19 cit. in ihrer bisherigen Fassung aufrecht zu erhalten, in keiner Weise für einen gelungenen halten, und ich bleibe mit voller Ueberzeugung bei der von mir aufgestellten Ansicht.

II.

l. 25 Cod. de usur. (4. 32). Imper. Constantinus A. ad populum.

Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras jussimus.

Zinsen für Kleider! Zinsen sind bekanntlich eine Quote des Kapitals, also müßten sie wiederum in Kleidern entrichtet werden, das Kapital selber aber bei dem Geschäft müßte in einer Quantität Kleider bestanden haben, welche mit der Verpflichtung zur demnächstigen Rückgabe von Kleidern derselben Qualität und Quantität ins Eigenthum des Empfängers übertragen worden wären. Das wäre das Geschäft, für welches Constantin es für nöthig gehalten hätte, die Verbindlichkeit des in entsprechender Form geleisteten Zinsversprechens innerhalb der Gränzen des gesetzlichen Zinsmaximums ausdrücklich einzuschärfen.

Wir brauchen kein Wort darüber zu verlieren, um den Gedanken an ein so sinnloses Geschäft zurückzuweisen; in diesem Sinn ist die Stelle meines Wissens noch von Niemandem verstanden worden. Seit der Glosse ist man vielmehr darüber einig[23]), daß die Kleider ästimirt oder zum Zweck der Veräußerung übergeben worden sind, daß also der Gegenstand des Darlehns nicht in der hingegebenen Sache, sondern in Geld bestanden habe. In dieser Weise aufgefaßt kommt die Stelle mit bekannten allgemeinen Grundsätzen in Einklang, sie wiederholt nur, was anderwärts gesagt wird, z. B. in l. 8 Cod. si cert. pet. (4. 2): Si pro mutua pecunia quam a credi-

---

23) Vergleiche außer der Glosse zu dieser Stelle beispielsweise Noodt de foenore et usuris Lib. 1. c. 2. (Opera omnia Lugd. Bat. 1724 I. p. 178) Glück, Pandekten Bd. 9 S. 409. Windscheid, Pandekten II § 259 Note 2.

tore poscebas, argentum vel jumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti..... sors, quae aestimatione placito partium definita est... recte petitur, l. 11 pr. de R. Cr. (12. 1)... ego, cum (pecuniam non haberem) lancem tibi dedi... si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Aber sie wiederholt diesen Satz in einer Fassung, die aus dem Richtigen Falsches macht. Denn sie führt die drei Gegenstände nicht etwa als Beispiele an, wie die l. 8 Cod. dies thut, die ausdrücklich den Zusatz: vel alias species hinzufügt, sondern sie zählt die drei Gegenstände als die drei einzigen auf, für welche der ausgesprochene Satz Geltung habe. Kein Verständiger wird behaupten, daß wenn ein Gesetz für „Soldaten und Beamte und Geistliche" irgend eine Vorschrift erläßt, diese Personen nur beispielsweise genannt seien, Jeder wird zugeben, daß das Gesetz, indem es diese drei Kategorien aufzählt, ohne für eine Erweiterung derselben Raum zu lassen, damit den Anwendungskreis der Regel hinsichtlich der Personen vollständig abgeschlossen hat. Bei unserer Stelle steht aber die Sache um nichts anders; sie zählt drei Arten von Sachen auf, für welche der von ihr ausgesprochene Satz gelten soll, schließt damit also die Anwendbarkeit desselben bei allen andern Sachen aus. Daß dies nicht der wahre Inhalt jener Stelle sein kann, ist freilich zweifellos, und man hat daher über die Fassung derselben hinwegsehend die drei genannten Gegenstände bloß als einzelne *Beispiele* angesehen. Damit wird aber die Sache in der That um nicht viel besser — an die Stelle einer Verkehrtheit wird nur eine Abgeschmacktheit gesetzt, die Abgeschmacktheit nämlich eines eigenen Reichsgesetzes von Constantin („ad populum") über einen ganz unbedenklichen und längst feststehenden Satz. Hätte die Richtigkeit desselben außer der Auctorität der römischen Jurisprudenz (s. die oben citirte l. 11 pr. de R. Cr.) noch der Anerkennung von Sei-

ten des Kaisers bedurft, so war letztere ja bereits unter Constantins Vorgänger (l. 8 Cod. cit. von Diocletian und Maximinian) erfolgt; wozu also noch eine Wiederholung eines bereits feststehenden, schwerlich zu jener Zeit noch von irgend Jemandem bezweifelten Satzes? Ein Reichsgesetz über eine Trivialität! Und in welcher Form! Der Kaiser setzt sich gewissermaßen auf den Thron und berichtet dem Volk von einer Maßregel, die erst er getroffen habe; („jussimus"). Mit diesem Wort schiebt er seine kaiserliche Autorität in den Vordergrund und stützt den Satz nicht auf dessen eigene unbestreitbare Wahrheit, sondern auf seine kaiserliche Machtvollkommenheit, gleich als habe derselbe nur dadurch seine Geltung gewinnen können. Und gäbe das Gesetz die alte Regel nur richtig wieder! Aber wie total verunstaltet erscheint sie hier. Aus der ungeheuren Masse von Gegenständen, für welche der Satz gilt, werden drei herausgegriffen, als ob sie die einzigen wären, und unter den dreien, denen die Ehre zu Theil wird, befindet sich einer, der, wenn je, sicherlich nur höchst selten statt baaren Geldes gegeben worden sein wird. Und dabei wird, um das Maß voll zu machen, der entscheidende Gesichtspunkt des vorherigen Ansatzes dieser drei Gegenstände in Geld vollständig mit Stillschweigen übergangen!

Doch nehmen wir einmal an, das Gesetz stamme wirklich in dieser Fassung von Constantin her und fand sich so im kaiserlichen Archiv vor. Wenn die von Justinian mit Abfassung des Codex betraute Commission ihre Arbeit nicht im schlaftrunkenen Zustande verrichtete, so mußte sie, als es sich um die Aufnahme dieses Gesetzes handelte, sich sagen:

1) das Gesetz ist so schlecht abgefaßt, daß wir, wenn wir es beibehalten wollen, die Fassung ändern müssen, was uns ja frei steht, und was wir oft genug gethan haben; wir brauchen

statt „et veste“ nur die Worte der l. 8 Cod. si cert. pet. (4. 2) zu setzen: et aliis speciebus.

2) Wenn das Gesetz, verändert oder unverändert, aufgenommen werden soll, so muß es in dem Titel de rebus creditis oder si certum petetur, nicht im Titel de usuris seine Stelle finden, denn der Satz, den es enthält, besteht darin, daß ein Gelddarlehn nicht bloß in Geld, sondern auch in Geldwerth gegeben werden kann; davon ist der Satz, daß auf ein solches Darlehn auch die Zinsbeschränkungen Anwendung finden, nur eine selbstverständliche Folge. Darum sind die l. 11 pr. de R. Cr. und die l. 8 Cod. si cert. pet., welche denselben Satz aussprechen, mit Recht von uns unter diese Titel gestellt.

3) Eben darum aber, weil der Satz sowohl in den Pandekten als im Codex an richtiger Stelle bereits ausgesprochen ist, können wir von der Aufnahme des Constantinischen Gesetzes völlig absehen.

Trotz dieser Erwägungen ist es derselben dennoch theilhaftig geworden, und selbst die Verfasser der Basiliken haben dasselbe beibehalten, (Basil. 23, 3, 73). Aber weder die Autorität der letzteren[24]) noch die des ächten justinianeischen Textes, wenn uns derselbe völlig zweifellos überliefert wäre, kann mich zu dem Glauben bestimmen, daß zu einer Zeit, die kaum um zwei Menschenalter von der klassischen Periode der Jurisprudenz abliegt, ein Reichsgesetz hätte erscheinen können, das so wie dieses ebenso sehr durch völliges Ungeschick der Fassung wie durch Trivialität des Inhalts die Kritik herausfordert. So, wie der Text jetzt lautet, kann er nicht aus Constantins Händen gekommen sein.

---

24) An dem Arndts, dem ich mündlich meine Conjectur mitgetheilt hatte, sich stößt; vergleiche dessen Lehrbuch der Pandekten, Aufl. 7 § 207 Anm. 2.

Wie lautete er denn? Statt et veste stand recte, das ganze Gesetz hatte also folgende Fassung:

Pro auro et argento recte facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras jussimus.

Der Inhalt des Gesetzes ist kurz der: die Zinsbeschränkungen beziehen sich nicht bloß auf gemünztes Geld (pecunia numerata), sondern auch auf unverarbeitetes Silber und Gold.

Zur näheren Erläuterung des Gesetzes und zur Unterstützung meiner Ansicht füge ich Folgendes hinzu. Bis auf Constantin scheinen für das Darlehn fungibler Sachen außer dem Gelde (die specierum foenori dationes der l. 26 § 1 Cod. ibid.) gar keine Zinsbeschränkungen existirt zu haben[25]), jedenfalls pflegte man im Leben sich über das für Geld bestehende Maß der usurae centesimae so weit hinwegzusetzen, daß man bei leihweiser Ueberlassung von Saatkorn, wie sie auf dem Lande häufig vorkam, sich regelmäßig die Hälfte des Gegebenen als Zins ausbedang (ἡμιόλιον, ἡμιολίαι) und nicht selten noch mehr. Jakob Gothofredus hat in seinem Commentar zum Codex Theodosianus zu l. 1 de usur. (2. 33) eine Menge von Stellen aus den Kirchenvätern und andern Schriftstellern zusammengetragen, aus denen sich nicht bloß diese Thatsache, sondern zugleich die Art, wie die christliche Kirche dieselbe beurtheilte, ergiebt. Im Jahre 325 zuerst erhielt die Sache eine feste gesetzliche Gestalt. Constantin nämlich setzte in der l. 1 Cod. Theod. cit. bei Früchten aller Art, flüssigen wie trockenen („fruges humidas vel arentes"), insbesondere also Oel, Wein, Saatkorn, den bis dahin üblich gewesenen

25) Die l. 23 Cod. h. t. läßt sich dafür nicht anführen, sie spricht nur die rechtliche Möglichkeit der Zinsen bei diesen Geschäften aus, nicht die Unanwendbarkeit der Zinsbeschränkungen.

Satz des ἡμιόλιον [lateinisch: sesquiplum, sescupia, sescupla, medietas] als Zinsmaximum fest, — („ut si summa crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius consequantur“) indem er zugleich für das Gelddarlehn den bestehenden Satz der usurae centesimae einschärfte, („nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere“) und einen Monat später verbot das Concil zu Nicäa den Geistlichen das Nehmen von Geld- und Naturalzinsen schlechthin — zwei Maßregeln, zwischen denen J. Gothofredus mit Recht einen innern Zusammenhang annimmt[26]). Bekanntlich hat Justinian jenes Maximum später auf 12 p. c. herabgesetzt (l. 26 § 1 Cod. cit.), und dadurch war die Aufnahme der Constantinischen Verordnung in den Codex Justinianeus ausgeschlossen, während die Westgothen sie in ihr Gesetzbuch, durch das allein sie uns erhalten ist, aufgenommen haben. Ob in unveränderter Gestalt, ist mir fraglich[27]). Wahrscheinlich nämlich enthielt dasselbe zwar keine ausdrückliche Entscheidung, aber doch einen Passus, in dem man implicite eine solche finden konnte, über die Frage, wie es in Bezug auf Zinsen mit ungemünztem Silber und Gold gehalten werden solle. Das „jussimus“ der l. 25 Cod. nämlich weist auf eine in der Vergangenheit liegende Verfügung zurück, und aller Wahrscheinlichkeit nach dürfte dies die l. 1 Cod. Theod. de usur. gewesen sein. Offenbar muß das Gesetz sich nicht ganz klar ausgedrückt haben, denn sonst würde Constantin schwerlich Ver-

---

26) Edit. Ritter I p. 271: ut ita exinde appareat conjurasse hoc tempore Constantinum M. et patres Nicaenos post eum mox et in multis aliis ita et in coercendis usuris.

27) Dagegen dürfte der Schlußsatz der Stelle: „quae lex ad solas pertinet fruges, nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere“ ins Gewicht fallen, denn so dürfte Constantin selber doch schwerlich sich ausgedrückt haben.

anlassung gehabt haben, auf den Punkt zurückzukommen und ihn durch sein jetziges Gesetz außer Zweifel zu stellen, wozu auch stimmt, daß die betreffende angebliche Entscheidung sich der Aufmerksamkeit der Westgothen völlig entzogen hat. Nehmen wir also an, daß Constantin des ungemünzten Goldes und Silbers in seinem Gesetz gar nicht ausdrücklich gedacht habe, so darf es nicht Wunder nehmen, wenn man im Leben die Zinsbeschränkungen für baares Geld dadurch zu umgehen suchte, daß man statt Geld edles Metall gab und dabei beliebige Zinsen stipulirte. In der That gehörte ein solches Geschäft ganz so wie das Darlehn irgend welcher anderer fungiblen Sachen zu den „specierum foenori dationes", und es gab für dasselbe gar keine gesetzliche Zinsbeschränkung, da die l. 1 Cod. Theod. sich nur auf Früchte bezog.

Diese offenbare Lücke des vorhandenen Rechts hat Constantin nun in unserer l. 25 Cod. de usuris dadurch ausgefüllt, daß er das Darlehn von edlem Metall mit dem von Geld auf eine Linie stellte. Diese Gleichstellung hat zwei Punkte zum Gegenstande:

1. Das Zinsmaximum. Constantin hatte, wie J. Gothofred a. a. O. meines Erachtens mit Recht annimmt, wahrscheinlich geschrieben: usuras centesimas, allein die Compilatoren änderten dies mit Rücksicht auf die l. 26 ibid. von Justinian in licitas, um damit die verschiedenen Bestimmungen, die Justinian für Geldzinsen traf, zu umfassen. Wenn Constantin selber den letzteren Ausdruck gebraucht hätte, würde derselbe insofern einem Mißverständniß ausgesetzt gewesen sein, als der Ausdruck usurae immerhin auch auf Naturalzinsen bezogen werden konnte, denn die Wendung: accessio (l. 12 Cod. h. t.) additamenta (l. 16 ibid.) additamentum usurarum (l. 23 ibid.) fructus in vicem ususarum (l. 17 ibid.)

die sonst bei letzteren vorkommen, waren schwerlich exclusiv technische Bezeichnungen[28]).

2. Die Form des Geschäfts. Naturalzinsen bedurften keiner Stipulation, es genügte für sie das bloße Pactum:

l. 12 Cod. de usur. (4. 32) Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto praestanda est.

Geldzinsen dagegen konnten bekanntlich nur durch Stipulation versprochen werden[29]), an deren Stelle aber in der Kaiserzeit im Leben häufig die Abfassnng eines Schuldinstruments mit der Stipulationsklausel trat[30]). Auf diese richtige Abfassung des Schuldinstruments weist der Passus: recte facto chirographo hin, d. h. es genügt nicht, wie bei den sonstigen „specierum foenori dationes" der bloße Schuldschein, sondern er muß ganz wie der Schuldschein beim verzinslichen Gelddarlehn[31]) die Stipulationsklausel an sich tragen.

So erlangt also das Gesetz von Constantin nicht bloß einen ganz tadellosen, sondern einen legislativ höchst berechtigten und beachtenswerthen Inhalt: das edle Metall, wo es praktisch die Stelle des Geldes vertritt, soll auch rechtlich als solches behandelt werden. Der Preis, um den dies Resultat zu

---

28) Den Citaten aus gleichzeitigen Schriftstellern bei Gothofred (p. 268), welche usurae als Geldzinsen der „vini aut frumenti ampliatio" oder den „sescupla" gegenüberstellen, steht das des Hieronymus (p. 269) entgegen, welcher auch von „frumenti et milii, vini et olei usurae" spricht.

29) l. 3 Cod. h. t. arg. l. 4 Cod. ib.

30) Paul. S. R. V 7, 2: Quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione praecedente responsum sit. § 17 J. de incet. stip. (3. 19) Beispiele s. in l. 40 de R. Cr. (12. 1) l. 20 § 1 de in rem verso (15. 3), l. 126 § 2 de V. O. (45. 1) u. a. Gneist, Die formellen Verträge S. 243 fl.

31) S. darüber l. 24 de pec. const. (13. 5).

erzielen ist, besteht in der Annahme, daß das ursprüngliche recte beim Dictiren oder Abschreiben mit dem so ähnlich lautenden und geschriebenen veste verwechselt worden ist, woraus sich dann die Hinzufügung eines et von selbst ergab. Ob diese Annahme eine zu kühne ist, überlasse ich dem Urtheil der Leser. Findet dieselbe Billigung, so ist damit ein zweiter Anhaltspunkt für die Beurtheilung des kritischen Werths der von den Verfassern der Basiliken benutzten officiellen Exemplare der justinianischen Rechtsquellen gewonnen, d. h. die Thatsache erwiesen, daß in letzteren sich zweifellose Fehler befunden haben, welche durch jene einfach weiter fortgepflanzt worden sind.

Von dieser Ueberzeugung geleitet wage ich es, im Folgenden noch eine dritte Conjectur mitzutheilen, die ebenfalls die Auctorität der Basiliken gegen sich hat [32]).

III.

L. 10 pr. de usu et hab. (7. 8). Ulpianus lib. 17 ad Sabinum.

Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit lib. 18 quaestionum. Denique d o n a r e non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius.

32) Eine vierte, von der ganz dasselbe gilt, habe ich schon bei einer andern Gelegenheit (Jahrb. II S. 78 fl.) ausgesprochen. Sie betrifft die bekannte l. 5 § 10 de inst. (14. 3), wo ich im Widerspruche mit den Handschriften und Basiliken (18. 1, 5) statt: ut discipulis suis emendire: ut discipulus servis. Ich halte es nicht für nöthig, diese Emendation gegen die Ausstellungen, die man gegen sie erhoben, in Schutz zu nehmen, am wenigsten gegen die von Rudorff in Puchta's Pandekten § 278 Note d, (vergl. gegen ihn Vangerow, Lehrb. der Pandekten III S. 498 Aufl. 7 und Windscheid II § 482 Anm. 15) und freue mich constatiren zu können, daß Windscheid a. a. O. unter allen aufgestellten Erklärungen die meinige für die plausibelste erklärt.

Unter den Eigenthümlichkeiten der habitatio figurirt bekanntlich auch der Satz, den man auf die obige Stelle stützt, daß die unentgeltliche Ueberlassung derselben ausgeschlossen sei, während einer entgeltlichen Ueberlassung derselben seit der l. 13 Cod. de usufr. (3. 33) nichts mehr im Wege stehe. Eine wunderliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses, für die es schwer sein dürfte, ein verständiges Motiv anzugeben. Dem Interesse des Eigenthümers ist sie nicht entnommen, denn ihm kann es gleichgültig sein, ob der Berechtigte die Wohnung entgeltlich oder unentgeltlich einem Andern überläßt, sie könnte also nur bezwecken, letzteren gegen sich selber, nämlich gegen die Versuchung zur Freigebigkeit in Schütz zu nehmen. Aber warum hier ein solches ganz exceptionelles Eingreifen einer vormundschaftlichen Fürsorge und warum, wenn man es einmal für nöthig hielt, nicht die volle Consequenz d. h. die Ausschließung auch des Verzichtes auf das Recht? Kurz, die Sache ist wunderlich.

Obschon auch die Verfasser der Basiliken in ihren Handschriften der Pandekten den obigen Text mit dem entscheidenden Wort: donare vor sich gehabt haben (Basil. 16, 3, 10 pr. *οὔτε γὰρ δωρεῖται*), so nehme ich dennoch keinen Anstand zu behaupten, diese Lesart für falsch zu erklären; die Handschrift von Ulpian hatte

statt: . . . . donare
das ähnlich lautende und geschriebene: locare.

Meine Gründe sind folgende. In seiner Constitution über die habitatio, der citirten l. 13 Cod. de usufr. bezeichnet Justinian uns als einen der Punkte, über welche die alte Jurisprudenz bei diesem Institut gezweifelt habe, die Frage, ob der Berechtigte die Wohnung vermiethen dürfe, und er selber entscheidet diese Frage zu seinen Gunsten. Man sollte nun doch wohl erwarten, daß die Juristen, denen die Compilatoren in

den Pandekten das Wort gönnten, wenn auch mit noch so wenig Worten sich über diese Frage äußern müßten. Nach der jetzigen Lesart der Handschriften ist dies aber so wenig der Fall, daß Ulpian, den man über die habitatio zu Wort gelassen hat, statt dieser Frage eine andere aufwirft, von der weder Justinian berichtet, daß sie der alten Jurisprudenz zu schaffen gemacht habe, noch von der zu begreifen ist, was den Jurist zu bestimmen vermochte, mit Uebergehung der andern praktisch ungleich wichtigeren Frage gerade sie aufzuwerfen. Denn man wird zugestehen, daß wenn ein Schriftsteller einmal bei der Frage von der Möglichkeit der Uebertragung der Vermögensrechte die beiden Fälle der entgeltlichen und unentgeltlichen Uebertragung sondert und er, aus welchem Grunde es immer sei, nur den einen von ihnen beiden behandeln will, seine Wahl schwerlich auf den letzteren, vielmehr des höheren praktischen Interesses wegen entschieden auf den ersten fallen dürfte.

Aber auch der Zusammenhang, in dem der obige Satz bei Ulpian vorkommt, dürfte die hergebrachte Lesart im hohen Grade zweifelhaft machen. Ulpian hat in den seinem lib. 17 ad Sabinum entnommenen, unserer Stelle vorhergehenden Fragmenten (l. 2, 4, 6, 8) den usus behandelt und dabei die Frage erörtert, ob der Inhaber des usus einer Wohnung dieselbe vermiethen dürfe, wobei er denn in l. 8 ibid. zu dem Resultat gelangt: sed neque locabunt seorsum neque concedent habitationem sine se nec vendent usum. Dem reiht er nun die Frage nach der Natur der habitatio an und beantwortet sie mit dem oben abgedruckten Satz, daß das Legat des usus und der habitatio sich im Resultate nahezu gleich kämen. Wenn er nun fortfährt: denique donare non poterit, so weiß Jeder, der die Bedeutung der Partikel denique kennt, daß er damit die vorhergehende Behauptung hat aus-

führen oder exemplificiren wollen[33]). Dazu würde es aber durchaus nicht stimmen, wenn er statt eines Punktes, den er im Vorhergehenden ex professo behandelt hat und zwar in Verbindung mit demselben, den er jetzt wiederum berührt: der Frage, welche Personen der Berechtigte bei sich aufnehmen dürfe, einen Punkt hervorheben wollte, den er in der l. 8 nur im Vorübergehen streift: (neque concedent habitationem sine se). Ja er würde mit dem donare geradezu etwas Falsches behaupten, denn da eine solche unentgeltliche Einräumung der Wohnung eben sowohl den Fall der ausschließlichen Ueberlassung als den der gemeinsamen Benutzung in sich begreift, Ulpian aber bei dem usus ausdrücklich den letzteren für zulässig erklärt hat (l, 2 § 1), so würde er mit der allgemeinen Ausschließung des donare, die beide Fälle umfaßt, für die habitatio etwas in Abrede stellen, was er beim usus für zulässig erklärt hat. Allerdings könnte man dasselbe Argument auch gegen mich kehren, indem man sagte: mit dem locare schließt Ulpian jede miethweise Ueberlassung der Wohnung aus, sowohl die der ganzen Wohnung, als die bloß partielle, bei der der Berechtigte selber die übrige Wohnung behält. Allein dieser Einwand erledigt sich dadurch, daß Ulpian den letzteren Fall unter den Gesichtspunkt des „recipere“ gebracht (l. 2 § 1 . . . etiam inquilinum recipere possit) und dabei (l. 4 pr.) die Bemerkung des Pomponius gebilligt hatte: non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Wenn er also in Bezug auf die habitatio bemerkt: sed eas personas recipiet, quas et usuarius, so hat er damit sowohl das unentgeltliche als das entgeltliche recipere der l. 2

33) Die Bedeutung von denique hat in unserer Literatur in Bezug auf die l. 3 § 15 ad exhib. (10. 4) bekanntlich eine gewisse Celebrität erlangt, s. Savigny, Recht des Besitzes § 7 (Aufl. 7 S. 76).

§ 1 (hospitem recipere . . inquilinum recipere) auch für dieses Verhältniß für statthaft erklärt, und für den Fall des locare bleibt nur das „locare seorsum“ der l. 8 übrig.

Es ergiebt sich daraus, daß die Lesart: donare, die im Uebrigen in Anwendung auf die habitatio sprachlich nicht beanstandet werden könnte[34]), unmöglich ächt sein kann, da sie den Ulpian mit sich selber in Widerspruch bringen würde. Die Veränderung desselben in das seinen Schriftzügen wie seinem Wortlaut nach so leicht mit ihm zu verwechselnde locare ist sicherlich das einfachste Mittel, um den Einklang in dem ursprünglichen Text Ulpians wiederherzustellen, und diese Emendation wird, wie oben bemerkt, durch die l. 13 Cod. cit. nicht wenig unterstützt. Andererseits aber ruft gerade die letztere Stelle ein neues Bedenken hervor. Wenn es nämlich auch zweifellos sein mag, daß Ulpian locare geschrieben hat, so wäre es doch immerhin möglich, daß die Compilatoren gerade mit Rücksicht auf die genannte Constitution von Justinian, welche das Vermiethen der habitatio zuläßt und die bei Abfassung der Pandekten bereits erschienen war (530), das locare des Ulpian in donare geändert hatten. Ich kann mich zu dieser Annahme nicht entschließen, denn wenn einmal die Compilatoren mit Rücksicht auf jene Constitution den Text des Ulpian hätten interpoliren wollen, so hätten sie es unmöglich bei diesem einen Wort bewenden lassen können, sie hätten dann auch die Behauptung desselben, daß usus und habitatio sich im praktischen Resultat nahezu gleich ständen, streichen müssen, denn mittelst dieser Behauptung ward ja der Satz der l. 8 cit.: sed neque locabunt seorsum auch für die habitatio als anwendbar erklärt, der Widerspruch zur l. 13 Cod. also, den man mit der

---

34) S. die bekannte l. 27 pr. de donat. (39. 5)..dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo.

einen Hand beseitigen wollte, mit der andern wieder zurückgeführt. Das Richtige wird die Annahme sein, die Compilatoren haben, sei es versehentlich sei es absichtlich, den Text des Ulpian so gelassen, wie sie ihn in der Originalhandschrift vorfanden.

IV.

l. 101 de V. O. (45, 1) Modestinus lib. 4 de praescriptionibus. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

Diese Stelle spielt bei der Lehre von der Handlungsfähigkeit bevormundeter Minderjähriger bekanntlich eine große Rolle, und es ist wohl nicht zu viel behauptet, daß wir ohne sie einer leidigen Controverse überhoben wären, denn alle andern Stellen, welche man sonst noch zu ihrer Unterstützung anzuführen pflegt, sprechen bloß von Minderjährigen schlechthin, ohne des so wesentlichen Umstandes zu gedenken, ob dieselben als unter Vormündern stehend gedacht werden sollen — bekanntlich aber war die Vormundschaft über Minderjährige in Rom keine absolut obligate Einrichtung.

Minderjährige können sich ohne ihre Curatoren durch Verträge verpflichten — das ist der Satz, den die Stelle angeblich enthalten soll[35]). Von diesem Satz machen die meisten derjenigen, welche ihn anerkennen, mit Rücksicht auf die l. 3 Cod. de in int. rest. (2. 22) nur die Ausnahme, daß Verträge, welche eine Veräußerung zum Gegenstande haben, eben so wenig eine obligatorische wie dingliche Wirksamkeit äußern

---

35) Nach Kraut, Vormundschaft II S. 104 ist es Cujacius gewesen, der zuerst diese Meinung aufgebracht hat; bis dahin hatte Jahrhunderte lang ausnahmslos die entgegengesetzte geherrscht, und sie ging in Deutschland auch in die Reichspolizeiordnungen über.

sollen, und außerdem fügen sie noch die durch kein positives Zeugniß motivirte Modification hinzu, daß der Vormund des Minderjährigen „nichts aus dem Vermögen desselben zu bezahlen brauche“ [36]). Demnach kann zwar der Minderjährige ohne Einwilligung des Vormundes von dem, was er hat, nichts gültig verkaufen, verschenken, verpfänden u. s. w., allein nichts hindert ihn, so viel Schulden zu machen, wie er will, und in dieser Form sein ganzes Vermögen durchzubringen, nur daß die Gläubiger mit Klage und Execution so lange warten müssen, bis er volljährig geworden ist. Der dadurch für den Minderjährigen heraufbeschworenen Gefahr glaubt man durch Verweisung auf die rest. in integrum begegnen zu können.

Die Vertheidiger dieser Ansicht werden sich schwerlich verhehlen, daß diese Gestaltung der Sache die mannigfachsten Bedenken und Einwendungen hervorrufen muß. Denn wenn einmal die restit. in integr. die praktischen Gefahren, welche die dem Minderjährigen eingeräumte Freiheit sich zu verpflichten in sich schließt, zu beseitigen vermag, so gilt dies ganz ebenso von seinen Veräußerungen. Und wenn einmal die restitutio ausreicht, warum ist denn überhaupt noch ein Curator nöthig?

Oder wären die Veräußerungen etwa mehr zu fürchten als das Schuldenmachen? Das römische Recht ist eher der entgegengesetzten Ansicht gewesen, es meint, daß man sich leichter entschließt zu einem Akt, dessen Folgen erst in der Zukunft, als zu einem solchen, dessen Folgen sofort fühlbar werden [37]), und ich meinerseits würde es für minder gefährlich halten,

---

36) Die frühere Literatur bei Glück, Pandekten IV S. 75; von Neueren schließt sich ihr an Vangerow, Pandekten § 291 Anm. 2

37) arg. l. 4 § 1 ad SC. Vellej. (16. 1) .. Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti. Hoc ideo, quia facilius se mulier obligat quam alicui donat.

wenn der Gesetzgeber dem Minderjährigen die Veräußerungen verstattete, aber das Schuldenmachen rechtlich unmöglich machte, als umgekehrt. Denn gar Mancher, der sich nicht scheut, Schulden zu machen, würde, wenn ihm dieser Weg gänzlich verschlossen wäre und er nur durch Verkauf seiner Sachen sich die nöthigen Geldmittel zu leichtsinnigen Ausgaben verschaffen könnte, Anstand nehmen, sich eines solchen Mittels zu bedienen und seine Habe, ein Stück nach dem andern, aus dem Hause zu schaffen; jede Sache, die aus dem Hause wandert, und selbst die Stelle, an der sie bis dahin stand und jetzt fehlt, richtet einen Vorwurf und eine Mahnung an ihn. Dazu kommt noch ein anderer Umstand. Eine solche allmälige Versilberung des Vermögens wird in ihren Folgen sehr bald auch andern Personen sichtbar; sie kennzeichnet denjenigen, der sich zu ihr entschließt, in den Augen Anderer, und die Vorstellungen und Ermahnungen Anderer vermögen nicht selten dem Uebel noch bei Zeiten Einhalt zu thun. Ganz anders bei dem bloßen Schuldenmachen, bei dem alle Sachen auf dem alten Fleck bleiben, äußerlich sich nichts ändert, nichts in so unbehaglicher Weise daran erinnert, was vom Vermögen bereits durchgebracht und wieviel davon noch übrig ist, und Niemand als der Wucherer, der das Geld vorschießt, von dem wahren Stande der Sache Kunde hat. Kurz, der Weg der Veräußerung ist psychologisch weniger gefährlich, als der des Schuldenmachens.

Und nun sollte das römische Recht, um den Minderjährigen gegen die Gefahr der Verschwendung zu schützen, den minder gefährlichen Weg verschlossen, dagegen den ungleich gefährlicheren offen gelassen haben? Das wäre um nichts besser, als wenn ein Gesetz die gewöhnlichen Schuldscheine der Minderjährigen für unverbindlich, dagegen ihre Wechsel für verbindlich erklären wollte. Welchen Sinn soll denn das Verbot der Veräußerung überhaupt noch haben, wenn es dem Min-

derjährigen frei steht, Schulden zu machen? Letzteres ist nur eine andere Form der Veräußerung, denn es hat die Veräußerung zu ihrer nothwendigen Folge — wer seine Schulden nicht zahlen kann, dessen Sachen werden von Gerichtswegen veräußert — es wäre also damit nur die nothwendige Veräußerung an die Stelle der freiwilligen gesetzt. So führt daher das Verbot der Veräußerung für den Minderjährigen mit Nothwendigkeit das der Verpflichtungen mit sich, nam alioquin inventa erit alienandi ratio, wie l. 5 § 5 de reb. eor. (27. 9) sich ausdrückt; dem Minderjährigen die Möglichkeit des Schuldenmachens zuzugestehen, heißt das Verbot der Veräußerungen in seinem Erfolge vollständig paralysiren.

Die Meinung, daß sich der Vormund der Zwangsveräußerung widersetzen könne, ist eine durch nichts bewiesene, mit sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts in offenem Widerspruch stehende Behauptung. Denn ist die Schuld des Minderjährigen einmal gültig contrahirt, so versteht sich das Uebrige: die Klage und das Executionsverfahren gegen den Schuldner von selbst[38]), und es hätte einer ganz besonderen Bestimmung des römischen Rechts bedurft, um diese nothwendige Folge einer gültig contrahirten Obligation auszuschließen; eine solche existirt aber nicht. Würde sie aber auch existiren, so würde doch damit wenig gewonnen sein, denn sie würde den Minderjährigen nicht verhindern, sein Vermögen durchzubringen, im Gegentheil eher entgegengesetzt wirken, denn für die Jahre der Minderjährigkeit wäre er ja gesichert, und was der-

38) Darum findet ja auch das Erforderniß des decretum de alienando bei Mündelgütern auf nothwendige Veräußerungen bekanntlich keine Anwendung, nothwendig sind aber alle diejenigen, bei denen die Obligation gültig contrahirt ist, z. B. Verkauf durch den Erblasser des Mündels l. 5 § 6 de reb. eor. (27. 9), Zwangsversteigerung wegen Schulden l. 3 § 1 ibid.

maleinst geschähe, fände sich später! Ebensowenig aber würden die Gläubiger dadurch abgeschreckt werden, denn sie wüßten im Voraus ja genau den Zeitpunkt, wann sie ihr Geld bekommen würden, und könnten darnach ihre Rechnung einrichten. Das Resultat davon wäre also, daß der Minderjährige, so lange er unter Vormundschaft stände, äußerlich noch im Besitz des Vermögens bliebe, mit Eintritt der Volljährigkeit aber ein Bettler wäre.

Fragen wir nun, ob das römische Recht, wenn wir zunächst einmal von unserer l. 101 cit. absehen, irgend ein sonstiges Argument darbietet, um ihm eine in legislativer so total verunglückte, ja geradezu sinnlose Gestaltung des Verhältnisses zuzumuthen, so müssen wir diese Ansicht entschieden verneinen. Keine der Stellen, welche die freie Verpflichtungsfähigkeit der Minderjährigen ausspricht [39]), gedenkt dabei des so wesentlichen Umstandes, ob die Minderjährigen, die sie im Auge haben, als unter einem Vormund stehend gedacht werden sollen. Da es nun bei den Römern bekanntlich zwei Klassen minderjähriger personae sui juris gab: Minderjährige mit und ohne Curatoren [40]), so können wir nicht bloß, sondern wir müssen die obigen Stellen auf die zweite Kategorie dieser Personen beziehen, entgegengesetzten Falls dürften und müßten wir in allen Stellen, in denen die Rechtsgeschäfte der Minderjährigen besprochen werden, das Vorhandensein eines Curators subintelligiren, und so z. B. auch in l. 27 § 1 i. f. de minor.

---

39) l. 43 de O. et A. (44. 7), l. 141 § 2 de V. O. (45. 1) l. 2 § 1 de pollic. (50. 12) l. 12 Cod. de jure delit. (6. 30) und verschiedene andere, welche man bei Vangerow Pandekten I. § 291 Anm. 2 findet.

40) § 2 J. de curat. (1. 23) Inviti adolescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem.

(4. 4), welche die Veräußerungen des Minderjährigen als gültig behandelt. Umgekehrt aber äußern sich alle Stellen, welche bestimmt der bevormundeten Minderjährigen oder ihrer Curatoren gedenken, in einer Weise, welche jeden Gedanken an eine bloß partielle Berufung und Functionirung des Vormundes bei der Vermögensverwaltung ausschließt. Das Bedürfniß der Curatel wird in pr. J. de curat. (1. 23) damit motivirt, daß die Minderjährigen „licet puberes adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint. Gehören nun zu den negotia [41]), für die es hiernach den Minderjährigen noch an der nöthigen Reife fehlen soll, etwa bloß Veräußerungen, und stellt sich etwa die Reife, Geschäftskenntniß, Charakterfestigkeit u. s. w. für Veräußerungen erst mit dem 25. Jahre, für die gesammte übrige Vermögensverwaltung aber schon mit dem 14. Jahre ein? Konnten die Verfasser der Institutionen, denen man doch wohl zutrauen wird, daß sie über eine so einfache Frage selber im Klaren waren, sich in einer so allgemeinen Weise ausdrücken, wenn sie eine solche Beschränkung in Reserve hatten, die den Satz selber, den sie aussprachen, geradezu wieder aufhob?

So wenig der Grund, der die Vormundschaft nöthig macht, eine derartige Einschränkung verträgt, ebenso wenig der allgemeine Ausspruch Ulpians in l. 1 § ult. ex quib. caus. min. (4. 4) über die Machtstellung des Curators und die Beschränkung des Mündels: curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus. Auch Ulpian müßte die rechtliche Stellung der Minderjährigen entweder gar nicht ge-

41) Theophilus I 23 pr. gebraucht dafür den noch bestimmteren Ausdruck *οἰκεῖα* „ut suum patrimonium servare non possint." Ulpian XII, 4 und Gaj. I 197 haben negotia.

kannt, oder sie in einer Weise geschildert haben, die mit dem wirklichen Sachverhalt im ärgsten Widerspruch stand; denn daß die „rei suae administratio" nicht bloß Veräußerungen, sondern vermögensrechtliche Akte aller Art umfaßte, wird doch wohl Niemand bezweifeln. Ganz dasselbe gilt schließlich von dem Ausspruch von Diocletian in l. 3 Cod. de int. rest. (2. 22), welcher die Stellung des „minor curatorem habens" dahin definirt, daß er „non absimilis ei habeatur, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est." Wie hätte sich die von uns vertheidigte vermögensrechtliche Stellung des Minderjährigen bestimmter und prägnanter bezeichnen lassen, als durch diese Gleichstellung desselben mit dem gerichtlich erklärten Verschwender? Die Institutionen, die Pandekten, der Codex — sie alle stimmen darin überein, daß das Amt des Curators ein universelles ist, und doch sollen wir glauben, daß dasselbe eine bloß partielle Bestimmung gehabt habe? Es wird uns gelehrt, daß der Curator die Aufgabe und die Macht habe, den Minderjährigen zu hüten und leiten, und gleichwohl soll er machtlos zusehen, wie derselbe durch Schuldenmachen sein ganzes Vermögen durchbringt?

Zu jenen Aussprüchen der Quellen, welche die Stellung des Minderjährigen und seines Curators im allgemeinen zeichnen, gesellen sich bekanntlich noch einige hinzu, welche specielle Fälle der Verpflichtung zum Gegenstande haben und für sie ausdrücklich des Erfordernisses der Zustimmung des Curators gedenken. Die Antretung einer Erbschaft fällt bekanntlich nicht unter den Gesichtspunkt der Veräußerung, der Minderjährige würde also dazu nicht der Genehmigung des Curators bedürfen, gleichwohl setzt die l. 26 Cod. de adm. tut. (5. 37) dieselbe voraus. Dasselbe Erforderniß besteht auch l. 2 Cod. qui legit. pers. (3. 5) schlechthin für die Führung eines Processes von Seiten des Minderjährigen; daß der Gesichtspunkt

der Veräußerung nicht ausreicht, um diese Bestimmung zu erklären, bedarf keiner Bemerkung. Und wenn endlich die l. 60, 61 pr. d. f. Dot. (23. 3) ganz dasselbe für die Bestellung der Dos Seitens der minderjährigen Frau bestimmt, so wird man zugeben müssen, daß auch dies mit der angeblichen freien Verpflichtungsfähigkeit der Minderjährigen nicht stimmt, denn eine Dos kann ja nicht bloß in Spezies, sondern auch in Geld bestehen, d. h. ohne Veräußerung im Sinne der obigen Theorie lediglich durch Begründung einer Geldschuld bestellt werden.

Zu den im Bisherigen entwickelten Gründen, die nicht das Prädikat der Neuheit beanspruchen, gesellt sich nun noch ein anderes Argument historischer Art hinzu, das meines Wissens von Andern noch nicht benutzt worden ist. Die cura minorum ist bekanntlich durch die lex Plaetoria eingeführt und zwar im Zusammenhang mit der Strafbestimmung, durch welche dieses Gesetz die Uebervortheilung der Minderjährigen im Verkehr zu verhindern suchte[42]). Wer sich gegen die ihm drohende Gefahr des „judicium publicum (d. h. populare) legis Plaetoriae" schützen wollte, mußte darauf dringen, daß dem Minderjährigen ein Curator bestellt werde; dadurch ward die Verantwortlichkeit für das abgeschlossene Geschäft von ihm auf letzteren gewälzt.

Als Beispiele der Geschäfte, bei denen man sich in dieser Weise vorzusehen hatte, werden uns genannt: das Darlehn[43]) und die Stipulation[44]). Nun zweifle ich zwar keinen Moment,

---

42) S. darüber meinen Geist des R. R. III. 114 (Aufl. 2, 118).

43) Plautus Pseudol. I 3, 96: credere metuunt omnes.

44) Priscianus lib. 18, c. 4. Suetonius autem passive protulit in quarto Praetorum: Plaetoria, quae vetat minorem annis XXV stipulari und ibid. c. 19 Suetonius in quarto Praetorum: minor XXV annorum stipulari non potest, passive dixit. Wie das: vetat der ersten Stelle zu verstehen ist, bedarf nach dem im Text Gesagten keiner Erläuterung.

daß das Gesetz ebenfalls bei Veräußerungen des Minderjährigen Platz griff, allein nicht minder sicher ist, daß das Gesetz, wenn es nicht etwa (was man nach der Stelle von Sueton in Note 44 annehmen möchte) die Stipulationen namentlich erwähnte, jedenfalls auf sie Anwendung fand. Das ist aber für unsere Frage von entscheidender Wichtigkeit. Denn damit ist bezeugt, daß der Curator der lex Plaetoria nach der ihm durch das Gesetz gegebenen Bestimmung auch für diejenigen Fälle zuzuziehen war, in denen es angeblich zufolge der l. 101 der Mitwirkung eines Curators selbst dann nicht bedürfen soll, wenn bereits ein solcher bestellt ist. Der Widerspruch, in den sich die letztere Ansicht mit der ganzen Entwickelungsgeschichte der Curatel setzt, ist ein flagranter. Nach der Plaetoria soll selbst für eine einzelne Stipulation, die Jemand mit einem Minderjährigen abzuschließen gedenkt, ein Curator bestellt werden, nach jener Ansicht dagegen hat der bereits vorhandene und mit der ganzen Vermögensverwaltung betraute Curator mit der Stipulation nichts zu schaffen d. h. wer keinen Curator hat, wird indirect durch den Gläubiger genöthigt, sich einen bestellen zu lassen, wer aber einen hat, braucht ihn nicht zuzuziehen! Wie aber, wenn der Gläubiger aus Furcht vor dem judicium legis Plaetoriae ohne einen Curator mit dem Minderjährigen nicht contrahiren wollte? Dann werden sie wohl zum Prätor gegangen sein und zu dem generellen Curator der l. 101 cit., den ja die Stipulationen nichts angehen sollen, noch um einen speciellen Stipulations-Curator gebeten haben!

So führt demnach die gegnerische Erklärung der l. 101 cit. zu einem Resultat, das historisch geradezu unmöglich genannt werden muß. Das Verhältniß, auf das erwiesener Maßen die Curatel schon bei ihrer ersten Einführung vor allen berechnet war — ich meine nicht bloß die Stipulation, sondern, indem

ich das „credere“ von Plautus mit einschließe, die verpflichtenden Verträge überhaupt, sagen wir das Contrahiren von Schulden — also dieses Verhälniß soll später der Competenz des Curators wieder entzogen worden sein, während doch gerade umgekehrt die spätere Entwicklung des Instituts unleugbar von der Tendenz seiner Erweiterung und Ausdehnung beherrscht ist. Aus der richtigen Bahn, in der sich die Curatel von Anfang an befand, wäre sie später wieder heraus gesprungen, um jenen in legislativer Beziehung so völlig widersinnigen Weg einzuschlagen, den ich oben genugsam glaube charakterisirt zu haben. Daß es zu einer solchen die gesetzliche Basis der lex Plaetoria wesentlich umgestaltenden Maßregel, einer gesetzlichen Verfügung bedurft hätte, wird schwerlich bestritten werden, vergebens aber sehen wir uns nach einem derartigen Gesetz um.

Nach allem diesen kann die l. 101 cit. den Satz, den man in ihr finden will, unmöglich enthalten, und wenn überall in der Wissenschaft eine Kritik des innerlich Unmöglichen Platz hat, so werden wir berechtigt sein, sie hier anzuwenden. Wenn in unsern Quellen sich eine Stelle fände, welche aussagte: die Verträge der Wahnsinnigen hätten verpflichtende Kraft, oder man könne auch ohne Testament, etwa durch pactum, einen Erben ernennen, so würde Niemand Anstand nehmen, die Stelle aus innern Gründen für unglaubwürdig zu erklären. Und ganz dasselbe in meinen Augen vollkommen richtige Gefühl ist es, welches von den Glossatorenzeiten an bis auf die Gegenwart die Mehrzahl der Juristen geleitet hat, den Satz, den ihre Gegner in der l. 101 cit. finden wollen, als einen unmöglichen zu bezeichnen. Aber freilich ihre Versuche, der Stelle einen minder verfänglichen Inhalt abzugewinnen, sind nichts weniger als gelungen, zum Theil

höchst gezwungen und ungesund[45]). Da soll nach dem Einen ein non eingeschoben werden — ein Vorschlag, gegen den man kein Wort zu verlieren braucht. Nach dem Andern soll die Stelle von Minderjährigen ohne Curatoren sprechen — als ob da stände: puberes sine curatoribus, während doch das sine curatoribus suis deutlich zeigt, daß von bevormundeten Minderjährigen die Rede ist. Ein Dritter will die Stelle von abwesenden Curatoren verstehen — als ob die Abwesenheit des Curators den Minderjährigen zum Volljährigen machte. Ein Vierter will obligari in obligare verwandeln — wodurch dem Juristen eine Trivialität sonder gleichen aufgebürdet würde. Eine fünfte Ansicht, deren Marezoll gar nicht gedenkt[46]), geht dahin, die l. 101 enthalte das frühere Recht, dasselbe sei aber durch die l. 3 Cod. de in int. rest. (2. 22) von Diocletian aufgehoben. Allein dies einmal angenommen, so würde ja das frühere Recht durch die Aufnahme der l. 101 in die Pandekten wieder hergestellt worden sein, und da beide Stellen sich nicht absolut widersprechen, so würden sie vom Standpunct des justinianeischen Rechts aus mit einander zu vereinigen sein, wie dies auch die Ansicht Vieler ist (S. 347). Eine sechste Ansicht, die früher viel verbreitet war, will den Ausspruch von Modestin auf solche Verträge beziehen, welche bloß die Person, nicht das Vermögen des Minderjährigen betreffen, insbesondere auf Verlobungen und Eingehung der Ehe. Allein die Stelle spricht nicht von Verträgen, sondern von Stipulationen, die Ehe aber wurde nicht durch Stipulation einge-

---

45) Ich verweise auf die Abhandlung von Marezoll über unsern Gegenstand, Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß II S. 376 fl., wo dieselben mitgetheilt und widerlegt sind, ein kurzes Referat s. bei Vangerow Lehrbuch I § 290 Anm. 2.

46) S. die Nachweisungen bei D. A. Weber, Natürliche Verbindlichkeit § 72 Note 13.

gangen, und für die Verlobung reichte in späterer Zeit der bloße Consens aus[47]), in dem einzigen Fall aber, wo die Stipulation bei ihr hätte Platz greifen können, bei dem Versprechen einer Conventionalpön für den Fall der Auflösung des Verlöbnisses[48]) war sie unwirksam. Alle sonstigen persönlichen Verpflichtungen aber, an die man etwa noch denken könnte, z. B. die Eingehung eines Dienstbotencontracts erzeugen nach römischem Recht im Fall der Nichterfüllung eine Klage aufs Interesse, gehen mithin über die Person hinaus auf das Vermögen, so daß es mithin keinen einzigen Fall giebt, wo nach römischen Recht der Minderjährige durch Stipulation bloß sich persönlich hätte binden können, ohne eventuell auch vermögensrechtlich zu haften.

Ganz vereinzelt und ohne Anhänger stehen die Ansichten von Cocceji[49]) und Puchta[50]) da. Ersterer hat sich zu der abenteuerlichen Behauptung hinreißen lassen, die Stipulation sei lediglich ein Bestärkungsmittel einer bereits bestehenden Verbindlichkeit gewesen, man habe daher ohne allen Anstand auch die Sponsionen der Minderjährigen zulassen können, da letzterer durch dieselben nicht weiter verpflichtet worden sei, als er es bereits vorher durch die bestehende materielle Obligation gewesen sei. Gleichwohl ist aber Cocceji damit doch derjenigen Ansicht, die ich für die richtige halte und unten vertheidigen werde, ziemlich nahe gekommen, und obschon ich meinerseits nicht erst durch ihn zu derselben angeregt bin, vielmehr von seiner Ansicht erst Kunde

---

47) l. 4 pr. de spons. (23. 1).

48) l. 134 pr. de V. O. (45. 1) . . quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta.

49) Jus controv. civile II, 14, 31.

50) Cursus der Institutionen II § 208 Note aa und Pandekten § 51 Note d und dessen Vorlesungen dazu.

erhalten habe, nachdem ich mir die meinige längst gebildet hatte, so läßt sich doch nicht bestreiten, daß es nur der consequenten Verfolgung der von ihm gegebenen Anregung bedurft hätte, um das Richtige zu finden — eine Anregung, die freilich an allen Späteren so spurlos vorübergegangen ist, daß der Hauptschriftsteller über unsere Frage aus neuerer Zeit, Marezoll (a. a. O. S. 380) die Ansicht von Cocceji nicht einmal verstanden zu haben erklärt.

Einer der verfehltesten Erklärungsversuche ist der von Puchta. Ihm zufolge soll die Stelle lediglich die abstracte Handlungsfähigkeit des Minderjährigen betonen, womit sich aber ganz wohl das Erforderniß der hinterherigen Genehmigung des Curators vertrüge, — eine Ansicht, die in einfachem Deutsch wiedergegeben, folgendermaßen lauten würde: der Minderjährige kann sich zwar gültig verpflichten, aber die Verpflichtung gilt nicht!

Fassen wir die Stelle nun einmal näher in's Auge, so sagt sie nicht: puberes ex stipulatu obligantur, — sondern: possunt obligari. Das heißt aber nicht: sie werden schlechthin und stets verpflichtet, sondern: es ist möglich, daß sie verpflichtet werden, wobei denn der Gedanke im Hintergrunde steht: es kommt auf die nähern Voraussetzungen an. Dies hatten schon die Vertheidiger der Ansicht, welche die Stelle auf die rein persönlichen Verträge des Minderjährigen beziehen wollten, richtig erkannt, sie hatten nur darin geirrt, daß sie den Ausspruch Modestins auf ein anderes Verhältniß bezogen, als welches er im Auge haben konnte. Wenn Marezoll a. a. O. S. 382 dagegen einwendet, daß diese Erklärung im höchsten Grade gezwungen sei, und daß die Worte: obligari posse in vielen ähnlichen Stellen gleichbedeutend mit obligari gebraucht würden, ohne eine Beschränkung anzudeuten, so hat er dafür nur eine einzige Stelle: l. 43 de O. et A. (44. 7) beige-

bracht, und über deren Beweiskraft ließe sich noch streiten. Ich setze derselben eine andere Stelle entgegen, der sich dieser Vorwurf nicht wird machen lassen, in der vielmehr das possunt ganz zweifellos in demselben Sinne gebraucht wird, den wir für dasselbe in der l. 101 cit. in Anspruch nehmen. Es ist die l. 13 de O. et A. (44. 7) In factum actiones etiam filii familias possunt exercere. Daß die Haussöhne nicht sämmtliche actiones in factum anstellen konnten, ist bekannt, damit wäre ja ihre Vermögensunfähigkeit so gut wie beseitigt gewesen, denn sie hätten unter dieser Voraussetzung nicht bloß alle Klagen des prätorischen Edicts, also z. B. auch die act. doli und act. hypothecaria erheben können, sondern man hätte ihnen mittelst Einkleidung derselben in die Form einer act. in factum auch sämmtliche Civilklagen zuwenden können[51]). Das „possunt exercere" hat also einen beschränkten Sinn, und zwar werden wir nicht fehlgreifen, wenn wir den Gedanken des Juristen so ergänzen: ein Haussohn kann keine act. in jus concepta anstellen, denn ein jus ist nach Civilrecht in seiner Person unmöglich, dagegen existirt dies Hinderniß nicht für die actiones in factum, sie sind also für ihn an sich möglich, und wo das Bedürfniß vorliegt[52]), ihm ausnahmsweise eine Klage zu gewähren, ist dafür die letztere Form zu wählen.

Derselbe Gedanke einer ausnahmsweisen Möglichkeit, durch welche die im Uebrigen als Princip geltende Unmöglichkeit modificirt wird, ist es, den unsere l. 101, wohlgemerkt nicht

---

51) Wie dies im Nothfall, wo nämlich der Vater an der Erhebung der Klage in ihrem Interesse verhindert war, in der That geschah, so z. B. bei der Darlehnsklage (l. 17 de R. Cr. 12. 1), act. furti, legis Aquiliae (l. 18 § 1 de jud. 5. 1) und anderen, s. von Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproceß II 323 Note 86.

52) S. darüber von Bethmann-Hollweg a. a. O.

für die Contracte, sondern lediglich für die Stipulationen der bevormundeten Personen ausspricht. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari d. h. während sie regelmäßig sich durch Verträge nicht verpflichten können, so ist dies unter Umständen durch Stipulation möglich. Denn daß sie auch durch sie nicht schlechthin verpflichtet werden, zeigt das possunt; entgegengesetzten Falls hätte es heißen müssen: obligantur.

Worauf beruht nun diese für die Stipulation zugelassene Ausnahme, und von welchen Voraussetzungen hängt sie ab? Die Stipulation unterschied sich bekanntlich dadurch von allen s. g. materiellen Contracten, daß sie nicht bloß gleich letzteren eine noch nicht vorhandene Obligation begründen, sondern daß sie auch eine bereits vorhandene Obligation noviren konnte. In der letzteren Richtung übte sie lediglich eine formale Wirkung aus, sie änderte die causa debendi, aber materiell ward dadurch keine neue Obligation begründet, der Schuldner nicht schwerer belastet, als er es bisher war. Bei einem materiellen Contract ist dies nicht möglich, man kann nicht kaufen, miethen, ein Darlehn empfangen, ein Mandat ertheilen oder annehmen u. s. w., ohne eine Verpflichtung auf sich zu nehmen, die bisher noch nicht existirte, und eben darum mußte das römische Recht, wenn es den Zweck, den es bei der Bevormundung der Minderjährigen im Auge hatte, wirklich erreichen wollte, derartige Verträge der Minderjährigen an die Zustimmung der Vormünder knüpfen. Ganz dasselbe mußte auch von den Stipulationen gelten, sofern sie dieselbe Wirkung äußerten, aber es ging über den Zweck hinaus, dasselbe auch für diejenigen Stipulationen anzunehmen, welche den Minderjährigen materiell nicht belasteten. Mag nun die lex Plaetoria, wie man nach der Stelle von Priscian in Note 44 schließen möchte, ausdrücklich der Stipulationen der Minder-

jährigen gedacht haben, oder mögen es die Juristen gewesen sein, welche das allgemein gehaltene Verbot des Gesetzes auf diesen Fall anwandten, jedenfalls begreift es sich, wie Modestin dazu kommen konnnte, diesem Satz nach der ratio legis die angegebene Beschränkung hinzuzufügen. Nach der Inscription der Stelle ist sie dem lib. IV des Modestin de praescriptionibus entnommen[53]), und wenn sonst ein Zusammenhang zwischen ihrem Inhalt und dem dieser Schrift Statt gefunden hat, so wird Modestin bei dieser Gelegenheit die praescriptio oder exceptio legis Plaetoriae behandelt haben, die zwar nicht durch das Gesetz selber, aber in consequenter Fortbildung desselben durch die spätere Praxis eingeführt worden ist[54]). Ob dieselbe bloß dann Platz gegriffen habe, wenn ein Minderjähriger, der sich keinen Curator hatte bestellen lassen, betrogen worden war (also als eine qualificirte exceptio doli specialis) oder nicht auch dann, wenn die Zuziehung des dem Minderjährigen, sei es speciell, sei es generell bestellten Curators beim Vertragsabschluß umgangen worden war (in welchem Fall die Einrede unter den Gesichtspunkt der exceptio doli generalis gefallen wäre), darüber wird uns nichts berichtet, aber ich halte letzteres für das wahrscheinlichere. Denn da die lex Plaetoria eine lex minus quam perfecta war d. h. auf die Nichtbefolgung ihrer Vorschriften keine Nichtigkeit, sondern nur Strafe gesetzt hatte, so ist kaum anzunehmen, daß man später neben der Form der exceptio, die ja vollkommen ausreichte, noch zu

53) Der index Florentinus macht bei diesem Werk keine Bücher namhaft, die 4 übrigen Bruchstücke aus demselben in den Pandekten (bei Hommel, Palingenesia I 493) bezeichnen es als liber singularis de praescriptionibus.

54) S. meinen „Geist des R. R." III S. 119. Auf jene Einrede bezieht sich l. 7 § 1 de exc. (44. 1) Rei autem cohaerentes exceptiones . . . aut pro minore XXV circumscripto.

der Nichtigkeit habe greifen sollen; erstere ist bezeugt, von letzterer wissen wir nichts, und ich wüßte nicht, warum nicht ganz so wie ein nicht bevormundeter so auch ein bevormundeter Minderjähriger den Vorwurf: Du hast Dich gegen die lex Plaetoria vergangen, i die Form der exceptio hätte bringen können. Ersterer stützte den Vorwurf darauf: Du hast mich betrogen, letzterer: Du hast mit mir contrahirt hinter dem Rücken des von jener lex zu meinem Schutze bestimmten Vormundes. In dem ersteren Fall mußte der Richter, um über die Einrede zu erkennen, auf den Anspruch selber eingehen, er konnte nicht separat über sie erkennen, in dem zweiten dagegen war letzteres nicht bloß möglich, sondern geboten, es wäre ja völlig widersinnig gewesen, wenn der Richter auf eine materielle Untersuchung des Contracts und der daraus sich ergebenden beiderseitigen Ansprüche eingegangen wäre, bevor fest stand, ob der Minderjährige den Contract mit oder ohne Curator abgeschlossen hatte. Letztere Frage bildete also den Gegenstand einer nothwendigen Voruntersuchung, eines Vorverfahrens, und die technische Form für ein solches Vorverfahren über eine derartige vom Beklagten vorgeschützte Einrede war im alten Formularproceß bekanntlich die praescriptio pro reo[55]). Ist es nun Zufall, daß diejenige Stelle unserer Quellen, welche den ersten Fall in Bezug nimmt, die l. 7 § 1 de exc. cit. den Ausdruck exceptio, diejenige dagegen, welche den zweiten Fall vor Augen hat, den Ausdruck praescriptio gebraucht? Ich möchte es bezweifeln.

Hatte der Richter in einem solchen Fall, wenn die

---

55) Gajus IV 133. Die Darstellung des Gajus reißt bei dem ersten von ihm genannten Beispiel ab; wäre uns das Folgende erhalten worden, so hätten wir darin vielleicht die directe Nachricht über die praescriptio legis Plaetoriae gefunden.

praescriptio legis Plaetoriae vorgeschützt war, und er sich von dem ohne Zuziehung des Curators erfolgten Abschluß des Vertrages überzeugt hatte, die Klage ohne weiteres zurückzuweisen? Diese Frage untersucht Modestin und er beantwortet sie folgendermaßen. Die lex Plaetoria (: so wollen wir seine Argumentation ergänzen:) ist nicht so weit gegangen, die Handlungsfähigkeit bevormundeter Minderjährigen schlechthin aufzuheben, so daß also alle ihre ohne Vormund geschlossenen Verträge gleich denen der impuberes nichtig wären, — denn der Minderjährige ist in Bezug auf seine persönlichen Verhältnisse (Verlobung, Ehe, Wahl des Berufs u. s. w. und selbst das Testiren) völlig selbständig, — sondern die Absicht des Gesetzes ging nur dahin, diese Personen gegen die Gefahr einer leichtsinnigen, unbesonnenen Veräußerung oder Belastung ihres Vermögens durch den Beistand des Vormundes sicher zu stellen. Im Sinn des Gesetzes muß daher die Vorschrift desselben bei allen Akten des Minderjährigen cessiren, welche sein Vermögen gar nicht gefährden, mithin auch bei einer Stipulation, welche den Minderjährigen materiell gar nicht belastet d. i. einer solchen, welche bloß eine bereits vorhandene Obligation novirt.

Denken wir uns nun den Fall praktisch: der Gläubiger klagt mit der Stipulation, der Minderjährige bez. sein Curator schützt die praescriptio (oder im späteren Proceß: die exceptio) legis Plaetoriae vor, so ist es selbstverständlich Sache des Klägers[56]), darzuthun, daß ausnahmsweise die Stipulation den Minderjährigen materiell gar nicht beschwert d. h. daß sie nur eine zwischen ihnen gültig bestandene Obligation novirt hat. Kann er diesen Beweis nicht führen, so wird

56) Muß er doch selber im Fall der vom Minderjährigen geleisteten Zahlung der condictio indebiti gegenüber den Beweis der Schuld führen, l. 25 § 1 de prob. (22. 3).

er abgewiesen, entgegengesetzten Falls wird der Minderjährige verurtheilt, und es bewährt sich dann der Satz: puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

Die Entscheidung des Modestin, hat zu ihrer Grundlage den allgemeinen Satz, daß Beschränkungen der Handlungsfähigkeit, welche das materielle Interesse einer Person bezwecken, auf Akte, die lediglich eine formale Bedeutung haben, nicht anzuwenden sind — und diesen Satz haben die römischen Juristen, ohne ihn ausdrücklich auszusprechen, in manchen Fällen zur Anwendung gebracht. Der Vormund darf ohne Decret nicht verpfänden, aber wenn die Sache bereits verpfändet war, und der Vormund, um den bisherigen Pfandgläubiger abzufinden, von einem andern ein Darlehn aufnimmt und ihm von neuem die Sache verpfändet, so wird diese an sich ungesetzliche Pfandbestellung durch exc. doli aufrecht erhalten[57]), denn die Sache des Mündels wird dadurch nicht weiter belastet, als sie es bisher schon war. Die Verbürgung eines Sklaven war im allgemeinen ungültig[58]), weil und insofern derselbe damit eine Verbindlichkeit übernahm, die ihn nichts anging; war dieselbe aber nur eine formell fremde, materiell eigene, d. h. auf sein Peculium bezügliche, so war die Bürgschaft gültig[59]). Wenn ein Haussohn, sagt Ulpian in l. 3 § 3 ad SC. Maced. (14. 6), eine von ihm gültig contrahirte Obligation d. h. also irgend eine andere als eine Darlehnsschuld novirt, so steht der Klage des Gläubigers die exc. SC. Macedoniani nicht entgegen, „licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat Senatus consultum

57) l. 7 § 5 de reb. eor. (27. 9).

58) l. 20 de fidej. (46. 1) . . cum servus fidejussionis nomine obligari non possit.

59) l. 3 § 5 l. 47 § 1 de pec. (15. 1).

d. h. das bloß verabredete Darlehn, welches den bisherigen Schuldenstand des Minderjährigen um nichts vermehrt, wird nicht unter das Verbot des wirklichen gebracht: nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est: Eine vom Schuldner durch Drohung erzwungene Zahlung fällt formell unter den Gesichtspunkt eines „metus causa gestum", gleichwohl aber versagt Julian nach l. 12 § 2 quod met. c. (4. 2) die actio quod metus causa „propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit" d. h. materiell hat der Schuldner nichts eingebüßt, da der Stand seines Vermögens durch Bezahlung einer Schuld sich um nichts verändert hat. Ganz so konnte auch Modestin in dem obigen Fall sagen: materiell büßt der Minderjährige durch die Novation nichts ein, der Schuldenstand bleibt derselbe.

Man wird gegen die im Bisherigen versuchte Erklärung unserer Stelle einwenden: warum hat Modestin, wenn er die Novationen mit Minderjährigen im Auge hatte, sich statt des unbestimmten: ex stipulatu nicht einfach des Ausdrucks: novatione bedient? Darauf antworte ich: weil er nicht die Lehre von der Novation, sondern das in der lex Plaetoria direct ausgesprochene oder ihr entnommene Verbot der Stipulation (Note 44): „quae vetat minores XXV annis stipulari" behandelte. Dies Verbot, wollte er sagen, ist in dieser Allgemeinheit falsch. Vom Standpunkte des justinianeischen Rechts könnte man vielleicht geneigt sein, die Stellung des Fragments unter den Titel: de verborum obligationibus statt de novationibus gegen mich geltend zu machen. Das Argument ist ein zweischneidiges. Denn wenn einmal die bloße Titelstellung eines Excerptes entscheiden soll, so hätte die vorliegende Stelle, um das zu sagen, was man regelmäßig darin finden will, ebenso wie die von der Verpflichtungsfähigkeit bevormundeter Personen sprechenden l. 43 und l. 46 de

O. et A (44. 7) in den Titel: de obligationibus et actionibus gestellt werden müssen. Gerade die Titelstellung fällt für meine Ansicht ins Gewicht, denn sie unterstützt die von mir vertheidigte ausschließliche Beziehung der Stelle auf die Stipulation. Hätte Modestin statt des Wortes: ex stipulatu sich des Ausdrucks: novatione bedient, so würden die Compilatoren die Stelle wahrscheinlich in den Titel: de novationibus gebracht haben, der von ihm gebrauchte Ausdruck: ex stipulatu veranlaßte sie, sie dem Titel de verbonem obligationibus einzuverleiben und eben damit ihre ausschließliche Beziehung zur Stipulation anzuerkennen.

Meiner Erklärung der l. 101 habe ich nichts weiter hinzuzusetzen, dagegen kann ich nicht unterlassen, die Ansicht, in deren Interesse sie aufgestellt wurde, den Satz nämlich, daß Minderjährige ohne ihre Curatoren sich nicht verpflichten können, noch zum Gegenstande einer eingehenden Betrachtung zu machen.

Können Minderjährige sich ohne ihre Curatoren nicht verpflichten, welchen Anspruch hat dann der Arzt, den der kranke Minderjährige, ohne erst seinen Curator hinzuzuziehen, hat rufen lassen, oder der Apotheker, der ihm die Medicin gemacht hat? Sollen dieselben, wenn ihre Dienstleistungen begehrt werden, sich erst vergewissern, ob die Person, die sie darum anspricht, unter einem Vormund steht, und im letztern Fall vorher dessen Zustimmung verlangen? Das ist völlig unausführbar. Aber wenn sie es unterlassen und ihre Dienste erweisen, soll dann hinterher der Curator oder der Minderjährige, wenn er volljährig geworden ist, ihren Anspruch einfach durch Berufung auf den obigen Satz zurückweisen können? Das wäre eine Unbilligkeit und Härte, die schließlich auf den Minderjährigen selber in empfindlichster Weise zurückfallen müßte, denn wer ein Mal eine solche Erfahrung mit ihnen ge=

macht hätte, würde sich hüten zum zweiten Mal mit ihnen zu contrahiren, und es würde also ganz dasselbe eintreten, was die l. 24 § 1 de minor. (4. 4) von einer zu laxen Praxis in der Ertheilung der rest. in integrum an nicht bevormundete Minderjährige in Aussicht stellt: „magno incommodo hujus aetatis homines adficerentur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdiceretur [60]). Da es einmal unausführbar ist, daß der Curator den Minderjährigen auf Schritt und Tritt begleite, so muß das Recht dafür Sorge tragen, daß letzterer auch in Abwesenheit des Curators diejenigen Contracte des gewöhnlichen Lebens abschließen könne, ohne die er nicht zu existiren vermag. Der Curator kann nicht mit seinem Mündel die Universität beziehen, ihm eine Wohnung aussuchen, die nöthigen Bücher kaufen u. s. w., er muß ihn nothwendigerweise sich selber überlassen. Und selbst wenn er mit ihm an demselben Orte lebt, so kann er doch nicht erst gerufen werden, wenn schleunige ärztliche Hülfe nöthig ist, so kann er nicht mit dem Officier zum Schneider oder mit seiner Curandin in den Putzladen gehen, um zu den Bestellungen, die sie hier machen, seine Genehmigung zu ertheilen [61]). Kurzum es ist völlig zweifellos, der Satz: Minderjährige können sich ohne ihre Curatoren nicht verpflichten, bedarf einer wesentlichen

60) Aehnlich die Aeußerung in l. 7 § 8 ibid. Quod circumspecte erit faciendum; ceterum nemo accedet ad emtionem rerum pupillarium, nec si bona fide distrahantur; und in l. 2 Cod. de neg. gest. (2. 19) von der act. neg. gest. gegen den Pupillen: ex utilitate ipsorum receptum est.

61) Ich ziele mit dem ersteren Beispiel auf eine Entscheidung in Buchka und Budde, Entscheidungen des Meckl. O. A. Gerichts, Band 1 Nr. 10, wo das Gericht die „Klage sofort a limine judicii zurückwies, da zur Begründung des Anspruchs nur angeführt war, daß die gekauften Gegenstände zu den standesmäßigen Bedürfnissen eines Officiers gehörten.“

Einschränkung, und wie Modestin diejenigen Stipulationen von dem Verbot ausnahm, durch die der Minderjährige seine Lage nicht verschlechtert, so werden wir dasselbe thun müssen hinsichtlich aller derjenigen materiellen Verträge, deren einseitiger Abschluß dem Minderjährigen durch die Lage der Dinge geboten ist.

Aber wie diese Beschränkung begründen? Man kann dafür verschiedene Ausgangspunkte wählen. Zunächst den der Bereicherung, wie dies die l. 5 pr. de aut. tut. (26. 8) für die Geschäfte, die der Tutor oder ein Dritter mit dem Pupillen abschließt, thut: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est, dandam Divus Pius rescripsit. Der Jurist hält in dieser Stelle sogar ein Darlehn, das der Tutor dem Pupillen vorgestreckt hat, und selbst eine Stipulation aufrecht. Bekanntlich wurde auf diesen Grund hin auch die act. negotiorum gestorum gegen den Pupillen gegeben. Contra impuberes quoque, sagt die l. 2 Cod. de neg. gest. (2. 19), si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem ex utilitate ipsorum receptum est. Wenn derjenige, der „urgentibus necessitatis rationibus" in Abwesenheit des Minderjährigen dessen Geschäfte besorgt, z. B. die Steuern bezahlt, eine nothwendige Reparatur an dem ihm gehörigen Hause vornehmen läßt, daraus eine Klage auf Erstattung seiner Auslagen bekommt, so muß dasselbe auch von demjenigen gelten, der dem Minderjährigen in Abwesenheit des Vormundes zu dem ersteren Zweck ein Darlehn vorstreckt oder in seinem Auftrage die Zahlung leistet, und nicht minder von dem Handwerker, den der Minderjährige selber hat kommen lassen, damit er die Reparatur besorge. Ueber die Klage werden wir nicht in Verlegenheit sein. Die actio, von welcher die l. 5 pr. cit. redet, ist offenbar keine generelle Klage aus allen Geschäften

mit einem Pupillen, sondern es ist die Klage aus dem speciellen Contract, die aber in diesem Fall neben ihren sonstigen Voraussetzungen noch die der Bereicherung hat, ganz so wie dies bei den s. g. actiones adjectitiae qualitatis der Fall ist. Man könnte geneigt sein, den Gesichtspunkt der Bereicherung lediglich auf die Erhaltung oder Vermehrung des Vermögens zu beziehen, auf Dienstleistungen hingegen, welche der Person des Minderjährigen erwiesen werden, wie z. B. ärztliche Hülfe, Unterricht, Bedienung denselben nicht anzuwenden. Ich würde dies für entschieden verkehrt halten, denn die Bestreitung nothwendiger Ausgaben[62]) durch einen Andern, gleichgültig, ob dieselben für die Person oder Sache bestimmt sind[63]), enthält eine Bereicherung, und sogut wie der Hauswirth, bei dem der Minderjährige wohnt, und der bei einem plötzlichen schweren Erkrankungsfall desselben den Arzt und eine Krankenwärterin hat kommen lassen, die von ihm den beiden Personen entrichtete Vergütung mit der act. neg. gest. bis zum Betrage der Bereicherung d. h. ganz zurückfordern kann, so gut muß diesen beiden Personen auch dann, wenn sie statt von einem Dritten vom Minderjährigen selber zugezogen sind, eine Klage zugestanden werden[64]).

---

62) l. 3 § 2 de in rem verso (15. 3) . . ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem. l. 47 § 1 de solut. (46. 3) . . nam hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est.

63) l. 3 § 3 ibid. . . ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini . . idem erit et in filio. l. 3 § 1 de in rem verso (15. 3). l. 25 § 16 de her. het. (5. 3) . . penum hereditarium ebibit (edit? vinum ebibit?). . in id factus locupletior videtur, quod solebat ipse erogare. Dahin gehört auch die Bedienung l. 26 § 12 de cond. ind. (12. 6) . . posse condici, quanti operas essem conducturus. arg. l. 11 § 4 de minor. (4. 4) . . . si minor sibi servum necessarium comparaverit.

64) So wird in l. 65 § 7 de cond. ind. (12. 6) auch demjenigen

Den zweiten Anhaltspunkt gewährt uns die zweifellose Pflicht des Vormunds, alle Auslagen zu bestreiten, welche durch das Interesse des Mündels geboten sind[65]). Wenn derselbe die Verpflichtung hat, „ut in primis mercedes praeceptoribus non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituat (l. 12 § 3 cit.), wenn er für standesmäßige Bedienung des Mündels Sorge tragen muß (l. 13 pr. cit.) u. a. m., so würde es widersinnig sein, dem Curator des Minderjährigen das Recht einzuräumen, den in seiner Abwesenheit von dem Minderjährigen selber getroffenen und durch seine Lage gebotenen Maßregeln seine Zustimmung zu verweigern. Vielmehr muß für ihn ganz dasselbe Gesetz gelten, das für den Geschäftsherrn in Bezug auf die Ratihabition der negot. gestio besteht: nothwendige Geschäfte muß er ratihabiren, „quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi“ l. 9 de neg. gest. (3. 5). Die nächstliegende Analogie bietet die act. de in rem verso gegen den Vater aus den Geschäften des Haussohnes. Auch für sie ist es gleichgültig, ob der Herr die Zustimmung verweigert, denn er muß sie ertheilen, wo eine versio vorliegt (l. 5 § 2 de in rem v. 15. 3), und letzteres ist auch da der Fall, wo der Sohn Zwecke verfolgt hat, die sein eigenes Interesse betrafen, für die aber der Vater ihm die Mittel hätte gewähren müssen (l. 3 § 3 ibid.). Gilt dies vom Vater, der aus eigenem Vermögen zahlen soll, um wie viel mehr vom Vormunde, der die Zahlung aus dem des Mündels zu bestreiten und das-

---

der irrthümlicher Weise dem andern eine freie Wohnung eingeräumt hat, eine cond. indebiti. „quanti tu conducturus fuisses“ gegeben (: l. 9 pr. de donat (39. 5) . . id enim ipsum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. :)

65) l. 12 § 3 de adm. l. 13 pr. § 2 (26. 7) l. 4. Ubi pup. (27. 2) l. 1 § 2 de tut. act. (27. 3).

selbe ausschließlich für dessen Zwecke zu verwenden hat; alles, was zum Pflichtenkreis beider Personen gehört, unterliegt daher, wenn es durch die ihnen untergebenen Personen selber besorgt ist, der Nothwendigkeit der Anerkennung ihrerseits. Man wende nicht ein, daß die obige Klage lediglich für das Verhältniß der hausunterthänigen Personen berechnet sei, denn die Idee oder das Princip der Klage ist ein ganz allgemeines, auf ihm beruht auch die act. neg. gest., und selbst die specielle Form, in der es in der act. de in rem verso zur Geltung gelangt, ist nach der Vorstellung der römischen Juristen so wenig an das obige Verhältniß geknüpft, daß Scävola in l. 20 § 1 ibid. diese Klage auch auf das vormundschaftliche Verhältniß anwendet. Wenn der Vormund für den Mündel ein Darlehn aufgenommen hat „stipulatione in personam tutoris translata“, so sagt der Jurist: „si, cum in rem pupilli daretur, id in rem ejus versum est . . . posse nihilominus dici, de in rem verso cum pupillo actionem fore.“ Es würde eine Spitzfindigkeit sein dagegen geltend zu machen: hier werde aus dem Geschäft des Vormunds die Klage gegen den Mündel gegeben, daraus folge aber durchaus nicht, daß dieselbe auch umgekehrt aus dem Geschäft des Mündels gegen den Vormund gerichtet werden könne. Das allein Entscheidende ist, daß die Klage ihrer Natur nach keineswegs auf das Verhältniß der hausunterthänigen Personen beschränkt ist, sondern auch außerhalb desselben insoweit zur Anwendung gelangen kann, als es sich darum handelt, die Verbindlichkeit derjenigen Person, welche den Contract abgeschlossen hat, auf eine andere bis zu dem Betrage zu übertragen, als letztere verpflichtet gewesen wäre, zur Eingehung derselben ihre Genehmigung zu ertheilen. Ja das neuere Recht (l. 7 § 1 Cod. quod cum eo 4. 26) hat die Klage selbst da gegeben, wo eine solche Verpflichtung nicht existirte, die Obligation, um

deren Uebertragung es sich handelt, vielmehr durch einen neg. gestor abgeschlossen worden war.

Dem Bisherigen nach glaube ich daher den Grundsatz aufstellen zu können, daß der Vormund verpflichtet ist, alle Verträge des Mündels zu ratihabiren, zu denen er, wenn es sich um deren Abschluß handeln würde, seine Zustimmung nicht versagen dürfte.

Der dritte Weg, um die Gültigkeit der vom Minderjährigen einseitig abgeschlossenen nothwendigen Verträge zu deduciren, ist derselbe, den Modestin in unserer l. 101 de V. O. (45. 1) einschlägt: die Beschränkung, welche die Vormundschaft dem Minderjährigen auferlegt, ist keine absolute für alle Verträge geltende, sondern sie erstreckt sich nur so weit, als der Zweck der Vormundschaft dies erheischt. Wie Modestin mittelst dieses Gesichtspunkts dahin gelangte, Formalobligationen des Minderjährigen unter Umständen für verbindlich zu erklären, so werden auch wir dasselbe hinsichtlich aller Verträge thun dürfen, welche weit entfernt, den Minderjährigen zu gefährden, umgekehrt durch das Interesse desselben geboten sind. Die Vormundschaft würde mit sich selber in Widerspruch treten, wenn sie, die sie eingeführt ist, um das wahre Beste des Minderjährigen zu fördern, ihm in solchen Fällen, wo der Vormund ihm nicht mit Rath und That zur Seite stehen kann, sondern ihn sich selber überlassen muß, die Möglichkeit des eigenen Handelns entziehen wollte. Das hieße ja, ihn nahezu rechtlos machen, möglicherweise der Gefahr des Hungertodes aussetzen. Ein so unsinniger Rigorismus der Consequenz entspricht keinem Rechte weniger als dem römischen; dies dürfte aus folgenden Beispielen zur Evidenz hervorgehen. Aus den Verträgen, die ein Haussohn abgeschlossen hat, kann bekanntlich nur der Vater, nicht er selber Klage erheben. Aber wenn der Sohn in der Fremde oder der Vater abwesend oder ver-

hindert ist, fügt sich das Rechtsprincip dem Drang der Umstände, und dem Sohn werden die nöthigen Klagen verstattet[66]). Ganz dasselbe gilt für die Vorschrift des SC. Macedonianum. „Quod dicitur, sagt Ulpian in l. 7 § 13 ad SC. Mac. (14. 6): in eo qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare SCum, ita locum habet, si probabilem modum in mutuo non excessit, certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare. Die Wendung: „quod dicitur" zeigt, daß der Satz nicht eine individuelle Ansicht des Juristen, sondern ein feststehender Satz der römischen Praxis war, zu dem dieselbe gelangt war ohne alle äußere im Gesetz selber gebotene Handhabe lediglich in richtiger Würdigung des gebieterischen Zwanges einer vom Gesetz nicht berücksichtigten Nothlage. Marcian gab diesem Gedanken noch eine weitere, aber vollkommen berechtigte Fassung, indem er in l. 47 § 1 de solut. (46. 3) die Anwendbarkeit des Gesetzes selbst da bestritt, „si in necessarias causas filius mutuam pecuniam acceperit et eam perdiderit[67]).

Dieselbe Erwägung, welche die römischen Juristen bestimmte, die Beschränkungen, welche die väterliche Gewalt dem Haussohne auferlegte, ausnahmsweise da hintenanzusetzen, wo der Vater nicht in der Lage war sich des Sohnes anzunehmen, fallen mit ihrer ganzen Schwere auch für unsere Ansicht

66) l. 17 de R. Cr. (12. 1) . . mutuum dederit, cum studiorum causa Romae ageret l. 18 § 1 de jud. (5. 1) . . si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit. l. 8 pr. de proc. (3. 3) . . neque pater praesens sit. Bei der act. dotis auch: si absens vel suspectae vitae sit. l. 22 § 10 sol. matr. (24. 3).

67) Ueber diesen Fall der casuellen Vereitlung des beabsichtigten Erfolgs sprechen bei der act. neg. gest. und de in rem verso manche Stellen, s. z. B. l. 10 § 1 de neg. gest. (3. 5), l. 3 § 9 de in r. v. (15. 3).

ins Gewicht, welche in gleicher Lage für die bevormundete Person dasselbe begehrt. Einer weiteren casuistischen Durchführung dieses Gedankens, daß ein Minderjähriger alle Verträge, die ihm durch seine Lage geboten sind, erforderlichenfalls auch ohne seinen Vormund gültig abschließen kann, dürfen wir uns an dieser Stelle um so eher überheben, als die Quellentitel: de negotiis gestis und de in rem verso dafür ein reiches Material darbieten, und nur die Bemerkung möge hier schließlich noch Platz finden, daß es Sache des Klägers ist, die Angemessenheit des von ihm mit dem Minderjährigen abzuschließenden Vertrages nach Maßgabe der in unsern Quellen dafür aufgestellten Rücksichten (pro modo dignitatis, patrimonii u. s. w.) zu prüfen[68]) und erforderlichenfalls zu erweisen.

Vergegenwärtigen wir uns schließlich das Resultat der von mir hier vertheidigten und der Ansicht derer, welche die Minderjährigen auf Grund der l. 101 cit. für verpflichtungsfähig erklären. Da letztere dem Vormunde das Recht einräumen, die Erfüllung der von Minderjährigen einseitig abgeschlossenen Verträge aus dessen Vermögen zu verweigern, so hat der Gläubiger trotz der im Princip zugestandenen Gültigkeit dieser Verträge effectiv während der Jahre der Minderjährigkeit keine Klage. Nach meiner Ansicht dagegen, welche das gerade entgegengesetzte Princip aufstellt, hat er, sofern die angegebenen Voraussetzungen vorliegen, diese Klage schon jetzt, steht sich also nach ihr ungleich besser als nach jener Ansicht, die ihm scheinbar mehr einräumt. Mit der Volljährigkeit ändert sich dies der Form nach, aber der Sache nach gelangen beide von einer processualischen Differenz abgesehen zu demselben Resultat.

---

68) Curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur, l. 3 § 9 de in rem v. (15. 3).

Die eine Ansicht giebt dem Gläubiger schlechthin aus allen Geschäften eine Klage, aber sie schneidet ihr die Wirkung mittelst der rest. in integrum in allen Fällen ab, wo der Minderjährige diese Geschäfte überall nicht hätte abschließen sollen, die andere dagegen giebt die Klage von vornherein nur für diejenigen Geschäfte, von denen man dies nicht behaupten kann. Dort hat der Minderjährige, hier der Gegner die Eigenschaft des Vertrages als eines lädirenden oder nothwendigen zu behaupten und erforderlichen Falls zu beweisen — eine Differenz, die in diesem Fall, wo es sich weniger um eine einzelne streitige Thatsache, als um richtige Würdigung von regelmäßig ziemlich klar vorliegenden Verhältnissen handelt, praktisch in den meisten Fällen wenig auf sich haben dürfte. Nur dann allerdings würde das Resultat ein ziemlich verschiedenes sein, wenn von zwei Richtern, von denen der eine der einen, der andere der andern Theorie folgte, der eine es mit der rest. in integr. ebenso streng nähme, wie der andere mit dem Gesichtspunkt der Nothwendigkeit des Vertrages. Unter dieser Voraussetzung aber dürfte es nicht zweifelhaft sein, welches von beiden Resultaten mit dem erklärten Zweck, den das römische und unser heutiges Recht bei der Vormundschaft vor Augen haben, mehr in Uebereinstimmung steht.

Da der Zusammenhang mich einmal über die bloße Interpretation der l. 101 hinaus auf die praktische Gestaltung der Sache geführt hat, so möge es mir noch verstattet sein, die Rechtsprechung unserer obersten gemeinrechtlichen Gerichte nach dem Seuffertschen Archiv zusammenzustellen[69]).

---

69) Ueber die neuern deutschen Gesetzgebungen s. Kraut, Vormundschaft B. 2 S. 108.

Für die Gültigkeit der vom Minderjährigen einseitig abgeschlossenen Verträge haben sich ausgesprochen:

Lübeck, (Seuffert 2, N. 270).

Für die Richtigkeit:

Cassel (2, 270)

Celle (5, 202 Note),

Stuttgart (3, 311)

Wiesbaden (13, 241),

Rostock (11, 25; enthält den obigen Fall auf S. 368 Note 81),

Berlin (24, 112).

Insbesondere für Erbverträge:

Oldenburg (1, 253),

Celle (5, 202)

Ausnahmen machen:

Rostock (20, 25) für gewöhnliche Dienstcontracte und Erhebung von Klagen aus denselben;

Celle (25, 133) für Verlöbnisse; ebenso

Darmstadt (16, 172), aber mit leichter Ertheilung der Restitution, während Celle strenger ist.

Bereicherungsklage gegen den Minderjährigen:

Berlin (24, 118).

Da die D. W. O. A. 1 die Wechselfähigkeit auf die Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten stellt, so wiederholt sich auch in Bezug auf sie die obige Differenz [70]).

---

70) Der nähere Nachweis gehört nicht hierher. Zu welch' bedenklichem Resultat hier die erstere der beiden Ansichten mit ihrem Nothbehelf der Restitution führt, darüber s. Thöl, Handelsr. II § 163.

V.

l. 13 § 25 de acto emti (19. 1).

Ulpianus l. 32 ad Edictum . . . Si procuratur vendiderit et caverit emtori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus lib. 3 Responsorum putat, cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit; ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere.

Die Schwierigkeiten, welche diese Stelle den Auslegern bereitet, liegen nicht in ihr selber[71]), denn der Satz, den sie ausspricht: da der Principal aus den Verträgen seines Stellvertreters belangt werden kann, so hat er aus denselben auch eine Klage, ist mit möglichster Bestimmtheit und Deutlichkeit ausgedrückt; diese Schwierigkeiten liegen außer ihr und zwar in Folgendem. Auf Grund einer Reihe von Quellenzeugnissen steht die Thatsache außer allem Zweifel, daß die römische Jurisprudenz sich zu der obigen allgemeinen Regel nie erhoben hat, und unter diesen Quellenzeugnissen befinden sich auch Aussprüche von den beiden obigen Juristen Papinian und Ulpian[72]), welche mithin in dieser Stelle unmöglich das gerade

71) Höchstens könnte das „ex emto actionem" Anstoß geben, denn man müßte erwarten: ex vendito, und es hat nicht an solchen gefehlt, welche in dieser Weise haben emendiren wollen, allein es bedarf dessen nicht, denn es ist bekannt, daß beide Ausdrücke nicht selten verwechselt werden, s. z. B. l. 26 l. 66 § 2 de evict. (21. 2) l. un. Cod. si serv. ext. (4. 36) . . emti de pretio.

72) Die meisten der Stellen in Note 73 und mehrere in Note 76 rühren von Ulpian her, auf Papinian kommen die l. 68 de proc. (3. 3) und die l. 49 § 1 de poss. (41. 2) in Note 73.

Gegentheil von dem vortragen können, was sie sonst lehren. Als Regel wird von allen römischen Juristen stets der Satz ausgesprochen, daß sich der Principal die Klage vom Stellvertreter müsse cediren lassen[73]); von dieser Regel werden nur gewisse Ausnahmen gemacht. Dieselbe war keineswegs ein Product und Ueberbleibsel der alten formalistischen Strenge, so daß man erwarten möchte, sie sei im neuen Recht überwunden, sondern sie hatte ihre guten praktischen Gründe, die wie im neuesten römischen so auch in unserm heutigen Recht ihre volle Geltung haben. Die Einführung der act. institoria und ihre analoge Uebertragung auf das gewöhnliche Stellvertretungsverhältniß hatte die Haftung der Mittelsperson dem Dritten gegenüber nicht alterirt, und eben darum durfte man auch den Satz nicht aufgeben, daß sie allein klagberechtigt sei, und der Principal nur durch Cession ihrerseits in Besitz der Klage gelangen könne, denn entgegengesetzten Falls hätte sie das Unterpfand, das ihr die Möglichkeit gewährte, Deckung von ihm zu verlangen, eingebüßt; er hätte die act. utilis angestellt, und sie hätte möglicherweise zahlen müssen. Die act. institoria utilis des Dritten und die act. utilis des Principals standen also durchaus nicht auf einer Linie, so daß man von der ersteren auf letztere hätte schließen können; der gewaltige Differenzpunkt beider bestand in ihrem verschiedenen Verhalten zu dem Interesse des institor; die eine war möglich,

---

73) l. 8 § 10, l. 10 § 6, l. 43. l. 45 pr. l. 59 pr. Mand. (17. 1) l. 1 § 11 Depos. (16. 3) l. 49 § 2 de poss. (41. 2). Ebenso von Diocletian in l. 7 Cod. si quis alt. (4. 50). In der l. 68 de proc. (3. 3) von Papinian muß statt des petere potest der Florentina mit dem Codex Parisiensis und den Basiliken und den Scholiasten zu denselben petere non potest gelesen werden, und Theodor Mommsen hat in seiner Ausgabe der Pandekten dies non mit Recht in den Text aufgenommen.

ohne demselben im mindesten zu nahe zu treten, im Gegentheil sie entsprach demselben, die andere war für dasselbe im höchsten Grade bedrohlich. Die Beibehaltung des althergebrachten Weges der Cession von Seiten der Mittelsperson an den Principal war daher eine durch das Interesse der letzteren im hohen Grade gebotene Sicherungsmaßregel; mittelst ihrer verblieb das Verhältniß beider innerhalb der bekannten Bahn aller zweiseitigen Obligationsverhältnisse, nämlich unter der Regel, daß Niemand Gegenleistung verlangen kann, der nicht selber geleistet hat.

Jene Gestaltung des Verhältnisses war daher so wenig eine positiv römische, daß sie bei gleichen Voraussetzungen (d. h. Haftung der Mittelsperson) sich in unabweislicher Weise überall wiederholen wird. Wenn manche Schriftsteller[74]) diese Gestalt der Sache für das neuere römische Recht in Abrede stellen, so übersehen sie gleichmäßig die äußeren[75]) wie die inneren Gründe, die dem entgegenstehen. Richtig ist nur, daß das römische Recht in einigen besonders dringenden Fällen die Regel verlassen hat. Dies ist geschehen zunächst

1. in solchen Fällen, wo jene Rücksicht auf Deckung des Stellvertreters aus dem Grunde hinwegfiel, weil der Stellvertreter selber gar nicht haftete, die Obligation also wie passiv so auch activ ausschließlich auf den Principal übertragen werden konnte. Diese Voraussetzung traf zu: 1) bei dem vom

---

74) Savigny, Oblig. R. II S. 64. Puchta, Pandekten § 275 Note c. Keller, Pandekten § 232 Note 17. Arndts, Pandekten § 246 „oder durch utilis actio die Forderung geltend machen“; ähnlich Windscheid, Pandekten § 313. Sintenis, Gemeines Civilrecht II § 102 Note 16.

75) Es haben nicht bloß die Compilatoren Justinians durch Aufnahme der Stellen in Note 73 das frühere Recht gebilligt, sondern dasselbe ist auch in den Basiliken beibehalten s. z. B. 18, 1. 2. 8, 2, 65; 50, 2, 48.

Proceßprocurator geschlossenen prätorischen Stipulationen, 2) dem Vormunde nach niedergelegtem Amt, 3) dem Beamten, 4) dem Stellvertreter eines Soldaten[76]) in Bezug auf ein von ihm mit dem Gelde desselben gegebenes Darlehn; da ersterer daraus nur berechtigt, nicht verpflichtet ward, so war die Uebertragung seines Anspruchs auf den Geschäftsherrn für ihn mit gar keiner Gefahr verbunden; eben darum darf man dies aber nicht auf zweiseitige Contracte desselben ausdehnen.

2. Vermöge besonderen Privilegiums beim Getreidehandel ward dem Rheder aus den Contracten seines Schiffscapitäns eine directe Klage gegeben[77]).

3. Ebenso dem Principal aus denjenigen seines institor, aber nur „causa cognita, si modo aliter rem suam servare non potest"[78]), also namentlich, aber nicht bloß im Fall des Concurses. Bei einer solchen Voraussetzung entsprang daraus ebenfalls keine Gefahr für die Mittelsperson, denn entweder hatte sie bereits gezahlt oder noch nicht. Bei der ersteren Alternative war, wenn sie dies aus Mitteln des Principals gethan, für sie kein Verlust gedenkbar; wenn aus eigenen Mitteln ohne bereits erlangte Deckung, so fehlte es an der Voraussetzung der act. utilis in der Person des Principals, denn da er selber noch nichts geleistet hatte, so handelte es sich für ihn ja nicht um

76) S. über diese Fälle, zu 1) l. 27 i. f. l. 28 pr. de proc. (3. 3) l. 79 de V. O. (45. 1). — 2) l. 9 pr. de adm. (26. 7) l. 2 quando ex f. (26. 9) l. 2 Cod. ib. (5. 39) l. 52 pr. de pec. (15. 1) verb. adversus debitores utilis actio. — 3) l. 10 quod cujusque (3. 4). — 4) l. 26 de R. Cr. (12. 1) . . exemplo . . quo tutor pupilli aut curator juvenis, also als besonderes Privilegium des Soldaten.

77) l. 1 § 18 de exerc. (14. 1) . . . propter ministerium annonae . . . extra ordinem.

78) l. 1, 2 de inst. act. (14. 3) l. 5 de praet. stip. (46. 5) . . interposita persona ejus rem amissurus sit velut bonis ejus venditis.

ein „rem suam servare“, um einen ihm drohenden Verlust[79]). Bei der zweiten Alternative aber ließ sich erwarten, daß der dritte Contrahent, der durch die Klage des Principals und ihre Motivirung von der Lage, in der sich die Mittelsperson befand, in Kenntniß gesetzt war, seinen Gegenanspruch in Form einer exc. doli oder Widerklage ausschließlich gegen den Principal richten würde.

4. Aus den von einem procurator abgeschlossenen außerprocessualischen prätorischen Stipulationen z. B. der cautio damni infecti ward dem dominus eine actio utilis, aber trotz der Einseitigkeit des Anspruchs nur „causa cognita“ gegeben[80]).

Die römischen Juristen unterlassen nicht, diese Ausnahmsfälle ausdrücklich als Abweichungen von der Regel zu bezeichnen und dabei die Regel selber einzuschärfen, unsere l. 13 § 25 cit. muß daher einen andern Sinn haben, als den sie auf den ersten Blick zu enthalten scheint.

Aber welchen? Darauf antwortet Mühlenbruch[81]): der Jurist knüpft die act. utilis des Mandanten an dieselbe Voraussetzung, unter der man sie dem Principal aus den Verträgen des institor zugestanden hatte, d. h. „si modo aliter rem suam servare non potest.“ Die Analogie des Institorenverhältnisses für das gewöhnliche Stellvertretungsverhältniß ist also nicht bloß in passiver, sondern auch in activer Richtung

---

79) So mit Recht Brinz, Krit. Blätter Nr. 2 S. 19.

80) l. 5 de praet. stip. (46. 5) l. 18 § 16 Damni inf. (39. 2). Durch diese Unterscheidung der praet. stip. judiciales und cautionales (l. 1 § 1, 2 de praet. stip.) vereinigen sich diese Stellen mit denen in Note 76 Nr. 1. Aus der cautio rem pupilli salvam fore des servus publicus wird auch hier schlechthin die act. utilis gegeben, l. 4 pr. Rem pup. (46. 6) l. 1 § 16 de mag. (27. 8).

81) Lehre von der Cession § 14 Note 293.

maßgebend. Dieser Ausweg ist in der That ein ganz befriedigender, und von fast allen spätern Schriftstellern, welche sich über die Stelle geäußert haben, angenommen[82]). Nur einer, Albert Schmid[83]) hat eine andere Erklärung aufgestellt, die man aber schwerlich in Versuchung kommen dürfte mit der von Mühlenbruch zu vertauschen. Ihm zufolge soll das „si caverit" der Stelle nicht, wie man es bisher that, auf die Caution des Procurators für Eviction oder dicta promissa, sondern auf die cautio de rato bezogen werden. Dadurch habe der Procurator sich in die Lage versetzt, im Fall der wirklichen Genehmigung — und dem stände der des vorherigen Auftrags gleich — die gegen ihn erhobene Klage durch exceptio doli abwehren zu können, die Gewährung der act. utilis an den Principal habe ihn folglich in keiner Weise gefährden können. Allein immerhin einmal angenommen, daß der Jurist an die cautio rati gedacht habe, so ändert dieselbe an dem Verhältniß der Parteien nicht das mindeste. Die Klage des Dritten gegen den Principal ist durch sie durchaus nicht bedingt, dieselbe stützt sich lediglich auf den vorausgehenden Auftrag, ohne daß es für sie noch einer spätern Genehmigung bedürfte, die Klage gegen den Procurator aber, die er ohne diese cautio hatte, kann er doch unmöglich dadurch verlieren, daß er sich zum Ueberfluß noch letztere bestellen läßt. Daß ein Mandatar mit oder ohne bestellte cautio de rato der Klage die exc. doli hätte entgegensetzen können, ist eine völlig quellen-

82) Heise und Cropp, Abhandl. B. 2 S. 390, Thöl, Handelsrecht I § 140 Note 6. Buchka, Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen S. 53. Chambon, Die Negotiorum gestio S. 181. Brinz, Krit. Blätter Nr. 2 S. 19, dessen Pandekten S. 1609. Vangerow, Pandekten III § 608 (Aufl. 7 S. 299).

83) Die Grundlehren der Cession I S. 424.

widrige Behauptung dieses Schriftstellers[84]), das Vorhandensein und der Nachweis des wirklichen Mandats liberirt nicht den Mandatar, sondern verschafft nur dem Dritten neben der Klage gegen ihn noch die gegen den Mandanten. Wir müssen daher diesen Versuch als einen mißlungenen zurückweisen.

Dagegen giebt es außer der Mühlenbruch'schen Erklärung der Stelle noch eine andere, meines Wissens bisher noch nicht versuchte, die ich für eben so befriedigend halte. Ich beziehe die Schlußworte der Stelle auf eine von dem Principal zu erhebende Widerklage. Wird der Principal, will der Jurist sagen, vom Dritten mit der act. emti belangt, so kann er seinerseits auch umgekehrt (per contrarium dicendum est) gegen ihn die act. venditi anhängig machen. Das Interesse der Erhebung der Widerklage an Stelle der bloß indirecten Erzwingung der Gegenleistung durch Vorenthaltung der Sache liegt auf der Hand. Beschränkt der Beklagte sich auf letzteres Mittel, so bleibt dem Kläger die Möglichkeit, die Klage fallen zu lassen, der Beklagte behält dann zwar die Sache, aber er bekommt nicht den Preis; um letzteren auf directem Wege zu erzwingen, muß der Beklagte die act. venditi als Widerklage erheben. Einer Cession derselben von Seiten des Mandatars bedarf es nicht, dieselbe kann hier vielmehr ohne alles Bedenken als utilis act. eingeräumt werden, denn der Mandatar ist ja dadurch, daß der Dritte bereits gegen den Mandanten Klage erhoben hat, jeder ferneren Gefahr enthoben, und es wäre in

---

84) S. l. 67 de proc. (3. 3), l. 14 de Publ. (6. 2), l. 45 pr. Mand. (17. 1), l. 11 § 6 de pign. act. (13. 7). Die Stellen, auf welche der Verf. sich beruft, enthalten kein Wort von dem, was er will, sondern sprechen lediglich von der act. quasi instit. gegen den Principal, mit der sich aber bekanntlich die Haftung des Stellvertreters sehr wohl verträgt.

diesem Fall eine leere weil zwecklose Subtilität, erst noch eine Cession oder Klage von Seiten des Mandatars zu verlangen.

Ueber die Möglichkeit der Widerklage [85]) nach römischem Recht braucht kein Wort verloren zu werden. Sie war schon dem älteren römischen Recht bekannt [86]), und gegen das Ende der klassischen Jurisprudenz bei der allmälig sich vorbereitenden Auflösung des alten Formalismus scheint man es in formeller Beziehung mit ihr so wenig streng genommen zu haben, daß man dem Beklagten, wenn er bei Einsetzung des Judiciums die Impetrirung der besondern Formel für die Widerklage versäumt hatte, gleichwohl verstattete, seine Gegenansprüche aus demselben Geschäft, aus dem der Gegner klagte, vor dem judex mit dem Antrag und der Wirkung einer Verurtheilung des Gegners d. h. also agendo geltend zu machen [87]). Im Fall

---

85) „Mutuae petitiones" l. 38 pr. Mand. (17. 1), l. 1 § 15 de extr. cog. (50. 13), l. 6 Cod. de comp. (4. 31); „mutuae actiones" l. 11 § 1 de jurisd. (2. 1); „invicem petere" l. 1 § 4 quae sent. (49. 8).

86) S. meinen Geist des R. R. III § 52 Note 153, 154.

97) So wenigstens referirt Justinian in l. 14 Cod. de sent. (7. 45) die Ansicht des Papinian —: non solum judicem de absolutione rei judicare sed et ipsum actorem, si ei contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare. Da die Möglichkeit einer Verurtheilung des Klägers auf Grund einer act. contraria bez. der act. emti, conducti gegenüber der von ihm erhobenen act. vend., loc. schon seit Jahrhunderten fest stand, so brauchte Justinian für diese Ansicht unmöglich noch erst die Autorität des Papinian anrufen, letzterer muß also etwas anderes, über jene alte Ansicht hinausgehendes gelehrt haben. Dazu stimmt l. 23 Dep. (16. 3) von Modestin: actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem judicem utiliter experietur. Wenn der Beklagte in aller Form Rechtens die act. depositi contraria eingestellt hatte, wie konnte der Jurist sich der Wendung: „utiliter experietur" bedienen? Offenbar hatte er jene Klage nicht erhoben. Auch das: apud eundem judicem wird so erklärlich. Wäre die Widerklage in formell richtiger Weise erhoben worden, so wäre ja in der For-

unserer Stelle ist zwar an eine derartige Abweichung von der strengen Regel nicht zu denken, denn wenn auch in dem „ex emto“ statt des zu erwartenden ex vendito eine Hindeutung darauf gefunden werden könnte, insofern es die Klage als formelles Fundament des Gegenanspruchs zu bezeichnen scheint, so zeigt doch das: utilem actionem, daß der Jurist die formelle Anstellung der Widerklage im Auge hat. Gleichwohl aber liefert unsere Stelle doch insoweit einen Beleg zu der obigen Behauptung, als in ihr von dem formellen Requisit der Cession der Klage, von dem man sonst nur causa cognita absah, schlechthin Umgang genommen wird.

Es wäre zu begreifen, daß Ulpian für einen solchen Satz die Autorität des Papinian in Bezug nahm, und dazu würde es stimmen, daß Papinian nach dem Zeugniß von Justinian in Note 97 es war, welcher in Bezug auf die Lehre von der Widerklage eine freiere Ansicht vertrat. Allein das dicendum est der Stelle weist die Schlußfolgerung von der act. quasi institoria auf die act. utilis des Principals dem Ulpian zu; hätte letzterer sie dem Papinian entnommen, so müßte es: dicendum esse lauten, alte Handschriften aber haben übereinstimmend die erstere Lesart. Demgemäß hat Ulpian nur den Vordersatz dem Papinian entlehnt, den Schluß aber selber gemacht. Worin besteht nun der Vordersatz? „Cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis.“ Aber dieser Satz wird hingestellt als eine individuelle Ansicht des Papinian („Papinianus putat“), und so

---

mel die Person des Richters (nämlich desselben, der über die Klage erkannte) bezeichnet gewesen, was sollte da noch die Bemerkung des Juristen: apud eundem judicem? Damit sollte offenbar etwas gesagt sein, was sich aus der Formel an sich noch nicht ergab, das aber kann nur der Satz sein, daß derselbe Richter auch ohne neue Instruction „utiliter“ über den Gegenanspruch erkennen und den Kläger verurtheilen könne.

richtig es nun auch ist, daß man die act. quasi institoria nicht über Papinian hinaus rückwärts verfolgen kann[88]), und so viel Wahrscheinlichkeit es für mich hat, daß er der Erfinder oder Urheber derselben ist, so will mir doch nicht in den Sinn, daß Ulpian diese bereits durchgesetzte Neuerung mit einem bloßen: putat Papinianus hätte bezeichnen sollen. Diese Wendung läßt vielmehr schließen, daß es sich hier um einen Anwendungsfall der Klage handelte, über den man streiten konnte. Die Erklärung liegt in dem bisher von den Auslegern gar nicht weiter berücksichtigten „et caverit." Hätte der Procurator lediglich das gethan, was der Herr ihm aufgetragen hatte (rem vendendam mandavit), nämlich lediglich den Kaufcontract abgeschlossen, so hätte die Ertheilung der act. emti quasi institoria gegen den Herrn gar keinen Anstand gehabt. Aber er hatte noch etwas gethan, was ihm nicht aufgetragen war, nämlich eine cautio abgeschlossen, (muthmaßlich de praestanda evictione, wie der Procurator der l. 67 de proc. 3. 3). Konnte auch jetzt noch gegen den Herrn eine Klage gegeben werden? Darauf antwortet Papinian: aus dem Kaufcontract haftet er, „cum domino ex emto agi posse", denn den hat der Herr ja jedenfalls gewollt (si modo rem vendendam mandavit), aber die Caution des Procurators geht ihn nichts an, denn, so regelmäßig dieselbe auch bestellt werden mag, zu ihr hat er keinen Auftrag gegeben, mög-

---

88) Die Zeugnisse für sie sind von Ulpian (l. 10 § 5 Mand. 17. 1 mit Bezugnahme auf Papiniani lib. 3 Responsorum), Paulus (l. 16 de inst. act. 14. 3 . . non esse iniquum) und Papinian selber (l. 19 ibid. aus lib. 3 Responsorum: dabitur actio; l. 31 pr. de neg. gest. 3. 5 . . aus lib. 2 (3?) Responsorum) dabitur actio. Die l. 84 pro socio (17. 2) von Labeo, welche Buchka, Stellvertretung bei Verträgen S. 46 anführt, spricht gar nicht von unserer Klage.

licherweise hatte er sie sich sogar verbeten, jedenfalls hätte der Procurator sich erst seiner Zustimmung versichern sollen. Hätte Papinian dem Käufer auch aus letzterer eine Klage geben wollen, so hätte er zu ex emto noch hinzufügen müssen: ex stipulatu; indem er dies nicht that, sagte er damit: der Verkauf verpflichtet den Mandanten nicht weiter, als er auftragsmäßig ausgeführt ist, aber soweit allerdings.

Auf diese Weise erklären sich alle Worte der ersten Hälfte unserer Stelle, sowohl das „caverit", das sonst ganz zwecklos gewesen wäre, da das „vendiderit" ja genügte, als auch das „putat", welches eine Ansicht andeutet, über die man streiten konnte, und für welche es sich verlohnte, auf Papinians Autorität Bezug zu nehmen, als auch die Betonung des bloßen Auftrags zum Verkauf („si modo rem vendendam mandavit") in seiner Entscheidung.

Betrachten wir jetzt die Entscheidung des Ulpian im zweiten Theil der Stelle, so fehlt es auch hier nicht an einem Bedenken. Es ist das oben (S. 379) geltend gemachte: die Rücksicht auf das Interesse des Stellvertreters; man kann dem Herrn nicht die act. utilis geben, wenn der Stellvertreter haftbar bleibt. Dies Bedenken erledigt Ulpian ganz mit demselben Grunde, wie Papinian (ergo per contrarium dicendum est): die cautio des Procurators kommt für das Verhältniß gar nicht in Betracht, dasselbe wird ganz so geregelt, als ob dieselbe gar nicht interponirt worden wäre. Unter dieser Voraussetzung aber würde es keinen Anstand haben, daß der Principal auch ohne Cession die Widerklage erheben könnte, denn der Stellvertreter ist von der Haftung aus dem Kauf dadurch frei geworden, daß der Dritte seine Klage gegen ersteren gerichtet hat[89]). Die Caution hat daher für das Verhält-

89) arg. l. 1 § 24 de exerc. (14. 1) . . et ideo si cum retro

niß des Herrn zum Dritten weder activ noch passiv eine Bedeutung; ob ersterer nicht dennoch möglicherweise gehalten werden kann, sie dem Procurator gegenüber zu genehmigen, weil sie in seinem wahren Interesse geleistet ward, ist eine Frage, die bloß sie beide, nicht den Dritten angeht.

VI.

Vereinigung von l. 18 pr. de reb. cred. (12. 1) und l. 36 de A. R. D. (41. 1).

Jeder mit dem römischen Recht einigermaßen vertraute Jurist kennt diese beiden Stellen und das Interesse sowie die Schwierigkeiten, welche sie dem Exegeten darbieten. Sie behandeln die Frage, ob, wenn beide Parteien bei der Tradition eine verschiedene causa traditionis im Auge haben, gleichwohl das Eigenthum übergehe. Während Julian in der l. 36 cit. die Frage mit aller Entschiedenheit bejaht, scheint Ulpian in der andern Stelle sie zu verneinen. Der Versuch einer Vereinigung beider Stellen ist unzählige Male unternommen, ohne daß derselbe aber bisher als gelungen betrachtet werden könnte. Diese verschiedenen Versuche hier zu referiren, wäre meines Erachtens das Verkehrteste, was ich thun könnte[90]) — ich fürchte, ich würde dadurch allein schon meine Leser von der Lectüre dieses Beitrages abschrecken — ich beschränke mich daher lediglich auf Mittheilung und Begründung meiner eigenen Ansicht.

---

eorum actum est, cum altero agi non potest. Keller, Ueber Litiscontestation und Urtheil § 51.

90) Die Literatur bei Vangerow, Pandekten I § 311 Anm. 3, der selber mit Vielen der Ansicht ist, daß der Widerspruch beider Stellen ein unvereinbarer sei, und daß unter den römischen Juristen selber eine Meinungsverschiedenheit über die Frage geherrscht habe.

In der l. 36 cit. setzt Julian den Fall, daß die Parteien über die tradirende Sache einig sind, über die causa traditionis aber differiren, d. h. daß jede von ihnen eine andere im Sinne hat; der Eine glaubt aus dem Testament verpflichtet, der Andere, aus einer Stipulation forderungsberechtigt zu sein, der Eine hat die Absicht zu schenken, der Andere will bloß leihen. Die Entscheidung des Juristen lautet: non animadverto, cur inefficax sit traditio . . . constat proprietatem ad te transire. Er betrachtet die Sache als eine völlig zweifellose, gar nicht in Frage zu stellende, und dem hat auch die herrschende Ansicht der heutigen Jurisprudenz sich angeschlossen.

Daß nun Ulpian in der andern Stelle das gerade Gegentheil sagen sollte, ist nicht sowohl darum schwer zu glauben, weil Julian seine Ansicht als eine feststehende bezeichnet (constat) — denn die Ansicht der römischen Jurisprudenz hätte ja nach Julian umschlagen können — wohl aber aus dem Grunde, weil jene Entscheidung des Ulpian mit dem Grundgedanken und dem Wesen der Tradition, wie dieselbe einmal im römischen Recht practisch erfaßt und durchgeführt ist, im Widerspruch stehen würde. Es ist daher von vornherein die Annahme berechtigt, daß Ulpian und Julian zwei verschiedene Fragen im Auge haben. Die Stelle von Ulpian lautet:

Ulpianus lib. 6 Disputationum. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuum esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti.

Die Schwierigkeiten der Stelle beruhen bekanntlich in den Worten: magisque nummos accipientis non fieri. Bedeuten sie, wie man gewohnt ist anzunehmen: das Eigenthum geht nicht über, so ist der Widerspruch zwischen Ulpian und Julian ein offenbarer. Aber diese Annahme ist eine unbegründete, die Wendung accipientis fieri, ejus esse, suos facere wird vielmehr von den Römern in einem doppelten Sinn gebraucht.

Wenn Jemand ein Darlehn von 100 Thlr. erhält, so sind zwar die einzelnen Geldstücke in sein Eigenthum gekommen, aber ökonomisch ist er um sie nicht *bereichert*, denn er muß sie demnächst zurückgeben, das Eigenthum wird ökonomisch paralysirt oder neutralisirt durch die act. ex mutuo[91]), er wird daher nicht sagen können: ich habe die 100 Thlr. gewonnen. Eben so wenig wird der Andere, welcher sie ihm geliehen hat, sagen: ich habe die 100 Thlr. verloren, denn wenn er auch das *Eigenthum* an den Geldstücken aufgegeben hat, so wird ihm diese Einbuße ökonomisch ersetzt durch seinen *obligatorischen* Anspruch auf Rückgabe der Summe. Die 100 Thlr., die in dem Vermögen des Gebers auf der Columne des Eigenthums verschwinden, tauchen auf der der ausstehenden Forderungen wieder auf, die Bilanz des Vermögens ist ökonomisch dieselbe geblieben, die Veränderung betrifft lediglich die juristische Form des Gehörens: is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur, l. 15 D. R. J. (50. 17). Durch Eigenthumserwerb wird man nur dann wirklich reicher, durch Eigen=

---

91) Eine eingehende Darstellung dieser ökonomischen Paralysirung oder Neutralisirung der Rechte werde ich geben in der zweiten Abtheilung vom dritten Bande meines Geistes des R. R. bei Gelegenheit der Theorie der Rechte.

thumsaufgabe nur dann wirklich ärmer, wenn diese beiden Akte nicht in der angegebenen Weise durch eine sie begleitende Obligation wiederum paralysirt werden; nur bei einer Schenkung wird durch den Eigenthumsakt mein Vermögen vermehrt, beziehungsweise vermindert, bei einem Darlehn, das ich gebe oder nehme, bleibt es unverändert.

Es ergiebt sich hieraus, daß man mit den Ausdrücken: Erwerb, Gehören u. s. w. einen doppelten Sinn verbinden kann, je nachdem man sich auf den formal juristischen Standpunkt der Eigenthumstheorie oder den ökonomischen des Gesammtvermögens stellt. Das Grundstück, das dem Stellvertreter fiduciae causa mancipirt ward, gehörte ihm und gehörte ihm nicht, je nach dem Sinne, den er damit verbinden wollte, d. h. er hatte das Eigenthum daran erworben, aber sein Vermögensstand war dadurch um nichts vermehrt. Ganz dasselbe galt vom Fiducianten, es gehörte ihm nicht mehr, denn er hatte das Eigenthum daran aufgegeben, aber andererseits gehörte es ihm noch, denn an Stelle des Eigenthumsrechts, durch welches es bisher mit seinem Vermögen verbunden war, war ein obligatorisches Band, die act. fiduciae, getreten, beide Personen waren so arm und so reich wie bisher. Jeder Römer würde einen Fiduciar verlacht haben, der sich eingebildet hätte, die Sache gehöre ihm wirklich, weil sie in sein Eigenthum gekommen sei, sie war in seinem dominium ex jure Quiritium aber nicht „in bonis ejus.“

Das „Gehören: ejus esse, ejus fieri, suum facere“ ist also doppelsinnig, und es kommt, wo diese Ausdrücke gebraucht werden, immer noch erst darauf an, in welchem Sinn dies geschehen ist. Der Geschäftsmann wird sie häufiger im ökonomischen Sinne, der Jurist häufiger im juristischen Sinne gebrauchen, weil ersterer mehr Veranlassung hat, sich die öko-

nomische Gesammtwirkung der Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse zu vergegenwärtigen, letzterer umgekehrt, die einzelnen Factoren, aus denen sich dieselbe ergiebt, isolirt zu betrachten. Der Geschäftsmann in Rom nannte das Geld, das er aufgeliehen hatte, „aes alienum“[92]), ganz so wie wir heutzutage sagen: ich habe fremdes Geld auf meinem Hause stehen, während der Jurist umgekehrt von diesem Gelde verlangte: es müsse „accipientis fieri“[93]), damit ein Darlehn zu Stande komme. Aber auch an den Juristen konnte die Frage nach dem ökonomischen Schlußresultat des Eigenthumserwerbs herantreten, und dann blieb auch ihm nichts übrig, als jene Ausdrücke im zweiten Sinn zu gebrauchen, da die lateinische Sprache ebenso wenig wie unsere deutsche Ausdrücke darbot, welche ausschließlich dafür bestimmt waren.

Ich hebe folgende Belege für diese Behauptung hervor:

1. l. 75 de J. D. (23. 3): Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est... quamvis apud maritum dominium sit, hujus (mulieris) etiam constante matrimonio emolumenti potestatem esse creditur.

Der Mann ist Eigenthümer der Dos, aber seinem Eigenthum steht gegenüber einmal die Pflicht zur Bestreitung der Lasten der Ehe („cujus matrimonii onera maritus sustinet“) und das Rückforderungsrecht der Frau, in diesem Sinn gehört ihr die Dos (:„mulieris tamen est“:), ja selbst während der Ehe kommt sie ihr zu gute (hujus.... emolumenti potestatem esse“), darum hat sie auch die Evictionsklage (:„ipsa evictionem pati creditur ob id quod eum in dotem habere desiit“).

---

92) Derselben Anschauung ist die Definition des Nexum bei Varro de L. L. 7, 105 entnommen: quod obligatur per libram neque suum fit.

93) l. 2 § 2, 4 de R. Cr. (12. 1).

2. Beim Quasiususfructus geht bekanntlich das Eigenthum über, gleichwohl sagt Julian in l. 6 pr. ut in poss. (36. 4): wenn der Testator beim Ususfructus an Geld dem Legatar die Caution erlassen habe, „proprietas non est legata, sed legatario permittendum satisdare et usumfructum pecuniae habere.“ Was heißt hier „proprietas“? Offenbar nicht „Eigenthum“, denn ohne Eigenthumsübergang ist der Quasiususfructus ebenso unbenkbar, wie das Darlehn, der Jurist kann also unter proprietas nichts anderes verstanden haben, als was Proculus in der l. 67 de J. D. (23. 3) mit „lucri fecisse“ ausdrückt d. h. das ökonomische Erwerben, das dauernde Behalten des Geldes. Im Sinn des Juristen verbleibt die „proprietas“ an der Summe dem Erben, obschon er das Eigenthum an den Geldstücken verloren hat. Damit vergleiche man die l. 7 de usufr. ear. (7. 5): proprietas ad legatarium transferri debet, wo der Ausdruck im gerade entgegengesetzten Sinne gebraucht wird.

3. Ganz besonders interessant ist die l. 3 § 11 de donat. i. V. (24. 1) von Ulpian: si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri ejus apparet, quia nihil corporis ejus fieri palam est. Was heißt hier das „ejus non fieri?“ Der Gegensatz, in den der Jurist das „nihil corporis ejus fieri“ stellt, läßt darüber keinen Zweifel, ersteres negirt den ökonomischen Erfolg der Schenkung für das Vermögen, letzteres den Eigenthumsübergang; die Frau, will Ulpian sagen, bekommt nicht einmal das Eigenthum, geschweige daß sie durch die Schenkung reicher wird.

4. Der bonae fidei possessor erwirbt das Eigenthum an den Früchten „fructus suos facit“ [94]). Hat er aber bereits

---

94) l. 48 pr. de A. R. D. (41. 1). l. 45 de usur. (22. 1).

an den vorhandenen Früchten das Eigenthum erworben, so kann er es nicht mehr zum zweiten Mal durch Consumtion erwerben, ganz abgesehen davon, daß Eigenthum an einer Sache, die nicht mehr existirt, ein Unding ist. Wenn es nun dennoch von ihm heißt: fructus consumtos suos facit[95]), so ist klar, in welchem Sinne dies gemeint ist, nämlich lediglich in dem, daß der Anspruch auf Herausgabe der fructus exstantes, durch den sein Eigenthum an denselben bisher paralysirt ward, mit dem Untergang derselben hinwegfällt. Damit sind die Früchte für immer die seinigen geworden, ihr Werth ist dauernd und unwiderruflich in sein Vermögen übergegangen, er hat sie ökonomisch lucrirt, „lucrari eum oportet, si eos consumsit", l. 4 § 2 Fin. reg. (10. 1).

Ich lasse es bei diesen Zeugnissen bewenden, obschon sich die Zahl derselben noch durch manche andere vermehren ließe.

Kommen wir jetzt zu der l. 18 cit. von Ulpian zurück, so haben wir für dieselbe so viel gewonnen: das „accipientis non fieri" derselben kann einen doppelten Sinn haben, einmal den: das Geld kommt nicht ins Eigenthum des Empfängers, es ist nicht im Sinne der Eigenthumstheorie, sagen wir: im formell juristischen Sinne das seinige geworden; und sodann den Sinn: wenn es auch in sein Eigenthum gekommen ist, so kann er es doch nicht behalten, es ist nicht im ökonomischen Sinn von ihm erworben. Wir werden uns die Stelle des Nähern darauf ansehn müssen, in welchem Sinne Ulpian den Ausdruck gebraucht hat. Der Empfänger hatte das Geld als Darlehn entgegen genommen („tu quasi mutuam accipias"). Wenn Ulpian nun von ihm sagt: „magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acce-

95) l. 40 de A. R. D. (41. 1).

perit“, so ist damit in unwidersprechlicher Weise dargethan, daß der Jurist mittelst jener Wendung nicht den beim Darlehn erfolgenden Uebergang des Eigenthums, sondern den bei der Schenkung, auf welche ja die Absicht des Gebers gerichtet war, („ego quasi donaturus dedero“) stattfindenden ökonomischen Erfolg des „lucrari“ hat negiren wollen. In Bezug auf den Eigenthumsübergang, das „accipientis fieri“ im juristischen Sinn war ja die „opinio“ des Empfängers von der des Gebers nicht verschieden, die Differenz des beiderseitigen Willens („alia opinio“) bezog sich lediglich auf das „accipientis fieri“ im ökonomischen Sinn. Nach der Intention des Gebers war die Rückgabe des Geldes ausgeschlossen, das Geld sollte nicht bloß ins Eigenthum des Andern kommen, sondern ihn bereichern, nach der Meinung des Empfängers war das Geld bloß geliehen, es war aes „alienum“, das er demnächst zurückzuzahlen hatte, nicht „proprium“ im Sinn der obigen l. 6 pr. ut in poss. (36. 4).

Daß bei dieser mangelnden Willensübereinstimmung weder ein Darlehn noch eine Schenkung angenommen werden konnte, ließ sich nicht bezweifeln, die einzige Frage, welche Zweifel erregen konnte, war die: was wird mit dem Gelde? Ulpian unterscheidet und entscheidet, zwar nicht mit Worten, aber der Sache nach zwei Fälle; der Empfänger hat das Geld bereits consumirt, oder es ist von ihm noch nicht verwandt. Im ersten Fall kann er der an sich begründeten condictio sine causa des Gebers die exceptio doli entgegensetzen: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti — eine Entscheidung, zu der die l. 25 de donat. (39. 5), welche dem Beschenkten in einem ähnlichen Fall gleichfalls die exc. doli giebt, ein Seitenstück gewährt. Hätte Ulpian für den zweiten Fall ganz dasselbe statuiren wollen, so hätte für ihn kein Anlaß vorgelegen, die Consumtion besonders hervorzuheben, er hätte

dann einfach sagen können: der Empfänger könne durch exc. doli die condictio des Gebers zurückschlagen, er berechtigt uns daher durch das arg. a contrario zu dem Schluß, daß die exc. im zweiten Fall nicht Platz greifen soll, und dies begreift sich auch wohl, wenn man bedenkt, daß der Empfänger hier ja das Geld noch in Händen hat, und die Rückgabe desselben ihm keine Ungelegenheiten bereitet, während er es in dem andern Falle sich erst durch eine neue Anleihe wieder verschaffen muß.

Der einzige Einwand, den man, so weit ich sehe, gegen die im Bisherigen begründete Deutung des „accipientis fieri“ erheben könnte, besteht in der Art, wie Ulpian diese Worte den vorhergehenden anfügt, et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri. Sie könnte nämlich den Schein begründen, als sollte die zweite Hälfte dieses Satzes die erste rechtfertigen: es entsteht kein Darlehn, weil kein Eigenthum übergeht. Allein dieser Schein wird sofort wieder zerstört durch den Zusatz: cum alia opinione acceperit; aus ihm ergiebt sich, in welchem Sinn Ulpian das „accipientis fieri“ verstanden wissen will. Auch würde ja jene Begründung eine völlig unzureichende gewesen sein, denn Ulpian hatte damit ja nicht erklärt, warum das Darlehn nicht zu Stande gekommen sei, sondern er hätte der einen Behauptung nur eine andere substituirt, die selber wiederum einer Begründung bedürftig gewesen wäre. Denn warum geht kein Eigenthum über? Darauf könnte man mit demselben Recht wiederum antworten: weil kein Darlehn entsteht! Kurz es wäre ein Zirkel. Hätte Ulpian es für nöthig gehalten, die erstere Behauptung zu rechtfertigen, so konnte das nur geschehen mit dem Grunde des Celsus in l. 32 de R. Cr. (12. 1): (mutuum) nisi inter consentientes fieri non potest. Mit dem „magisque“ geht Ulpian also, nachdem er die Schenkung sowohl wie das Dar-

lehn zurückgewiesen hat, zu der noch übrig bleibenden Frage: was geschieht denn jetzt mit dem Gelde? über, und diese Frage beantwortet er dahin: der Empfänger kann es nicht behalten d. h. dem Gläubiger steht die condictio sine causa zu. Diese Behauptung aber schränkt er dann wieder, wie oben bemerkt ward, dahin ein, daß der Schuldner im Fall der Consumtion des Geldes die an sich zustehende condictio durch eine exc. doli entkräften könne.

Dem Bisherigen zufolge behandeln die beiden obigen Stellen zwei ganz verschiedene Fragen: die von Julian ausschließlich die Frage von dem juristischen, die von Ulpian ausschließlich die vom ökonomischen „accipientis fieri", und darum hat erstere mit Recht ihren Platz gefunden im Titel de acquirendo rerum dominio, letztere aber im Titel de rebus creditis.

VI.

Beiträge zur Textkritik und Exegese

von

Professor Dr. **Ziebarth**

in Göttingen.

I.

Die exceptio litis dividuae haben wir, wie feststeht, erst durch Gajus kennen gelernt und noch heute besitzen wir darüber nichts weiter als die beiden Sätze:

Gaj. II, 56. Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est; minus autem intendere licet; sed de reliquo intra ejusdem praeturam agere non permittitur: nam qui ita agit per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae.

IV, 122. Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus nocent. veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio. cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae: nam si quis partem rei petierit et intra ejusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae; item etc.

Die allgemeine Annahme geht dahin, daß es den Compilatoren gelungen sei, auch die leiseste Erinnerung an diese exceptio aus den Pandektenfragmenten zu verbannen. Huschke (Jur. Antej. ad Gaj. IV, 122) glaubt zwar, daß der mehrfach (H. citirt l. 32 D. de evict. 21, 2. l. 29 pr. l. 83 § 4. l. 86 D. de verb. obl. 45, 1) erörterte Satz: tot stipulationes esse quot res (wenn in Einer Stipulation mehrere Gegenstände stipulirt waren) hauptsächlich auf unsere exceptio Bezug gehabt habe, allein weder der Inhalt der angeführten Stellen noch deren Inscriptionen enthalten irgend eine Hindeutung darauf, und es dürfte wahrlich näher liegen, bei jenem Satz an die processualische Consumtion, also an die exc. rei in jud. deductae, als an unsere exceptio zu denken. Wenigstens würde ein Beklagter, welcher meint, daß der jetzt eingeklagte Anspruch mit einem intra ejusdem praeturam bereits geltend gemachten unam stipulationem darstelle, unserer exceptio nicht bedürfen, sondern mit der peremtorischen exc. rei in jud. deductae oder rei judicatae ausreichen, und wir werden daraus den generellen Schluß ziehen dürfen: daß unsere exceptio praktisch nur da vorkam, wo in dem frühern Prozeß durch praescriptio ea res agatur die processualische Consumtion ausgeschlossen war [1]).

Eine wirkliche und deutliche Erwähnnng unserer exceptio glaube ich dagegen in dem fr. 4 D. ratam rem hab. 46, 8 gefunden zu haben, welches vollständig so lautet:

> S c a e v o l a libro tertio decimo quaestionum. — Procurator quinquaginta petit: si dominus centum petat, tenebuntur fideiussores, qui de ratihabitione caverunt, in quinquaginta et quanti interfuit differri quinquaginta actionem.

1) Cf. Rudorff Ed. perp. § 283.

Diese Stelle gehört zu den wenigst besprochenen in den Pandekten. Die Basiliken (IX, 11, 4) enthalten eine wörtliche Uebertragung, die nichts ergiebt. Die Glosse bietet zwei verschiedene Erklärungen:

Hugolinus setzt voraus, der Schuldner sei mit dem Procurator übereingekommen, daß die andern Funfzig erst nach Jahresfrist gefordert werden sollten, und die cautio de rato habe 1) die erfolgte Zahlung der ersten Funfzig, und 2) den vereinbarten Aufschub der andern Funfzig sicher gestellt, woraus dann folgen würde, daß die Bürgen für beide Punkte aufkommen müßten, falls der Dominus nicht ratihabirt, sondern die vollen Hundert einklagt.

Azo dagegen bezieht die ganze Stelle nur auf die ersten Funfzig und findet das Interesse des Schuldners darin, daß er diese Funfzig an den (falsus) procurator früher gezahlt hat, als er sie an den Dominus, der ja erst später fordere, hätte zahlen müssen, wobei auf l. 13 eod. verwiesen wird:

> Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum in tantum competit, in quantum mea interfuit id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui.

Dem Azo folgen Baldus, Gothofredus und der deutsche Uebersetzer, dem Hugolinus Pothier. Eine weitere Besprechung habe ich nicht angezeigt gefunden, mich aber auch nicht weiter darum bemüht, denn wie im Sinne des justinianischen und heutigen Rechts die Stelle interpretirt werden muß, ist in Wahrheit völlig gleichgültig, Niemand bezweifelt, daß die Ratihabitionsbürgen für das Interesse haften. Die Frage ist eine rein historische: was Scävola hat sagen wollen? Da scheint mir nun gewiß, daß Scävola nicht an eine besondere Verabredung, daß die andern Funfzig innerhalb einer gewissen Frist nicht gefordert werden sollten, gedacht hat, denn davon

sagt er nichts, und ohne ausdrückliche Bemerkung konnte er unmöglich supponiren, daß die stipulatio rem ratam mit ihrem feststehenden Formular diesen neuen Punkt in sich aufgenommen habe. Trotzdem hat Hugolinus mit einer bemerkenswerthen Divination sich der Wahrheit genähert. Denn Scävola hat offenbar die exc. litis dividuae vor Augen gehabt, und der Sinn der Stelle ist in Scävola's Geiste: Hat der falsus procurator Funfzig von den Hundert eingeklagt und erhalten und rem ratam cavirt, so haften die Bürgen, wenn jetzt der dominus (sc. sofort, denn von Aufschub steht nichts da) die Hundert einklagt: 1) auf die gezahlten Funfzig und 2) auf das Interusurium der andern Funfzig vom Zeitpunkt ihrer jetzt eingetretenen Fälligkeit bis zur neuen Prätur, weil diesen Vortheil der Schuldner von Rechtswegen erlangt hätte, so bald er durch erfolgende Ratihabition die exc. litis dividuae erwarb, und diese beiden Punkte liegen ganz von selbst in dem quanti ea res est (l. 2 § 2 D. de stip. praet. 46, 5) der stipulatio ratam rem haberi. Bei dieser Erklärung bleibt freilich das Interusurium der ersten Funfzig unerwähnt, aber Scävola kann dies sehr wohl entweder als selbstverständlich oder (da er von Aufschub nicht redet) als factisch zu unbedeutend übergangen haben. Er würde gewiß nicht den ungewöhnlicheren Fall einer Theileinklagung aufgestellt haben, wenn es ihm, wie z. B. dem Paulus in l. 13 cit., blos darum zu thun gewesen wäre, dieses Interesse zu besprechen.

II.

In der berüchtigten l. 15 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24:

Ulpianus libro septuagesimo primo ad edictum:

Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit iussu meo, agendum esse quod vi aut clam mecum, Labeo

scribit. et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno vel cum singulis experiri: opus enim, quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum: itaque alter conventus alterum non liberabit, quin immo perceptio ab altero: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat. praeterea sepulchri quoque violati agi potest.

ist zunächst die Lesart proprio quis eorum consilio unhaltbar. R. Stephanus conjicirt quisque, was Mommsen billigt. Aber mit Recht bemerkt Bekker (Aktionen I S. 178), daß quisque in dieser Stellung rein sprachlich betrachtet hart ist. Bekker würde ansprechender finden: si proprio cuiusque eorum consilio hoc factum fuerit. Ich möchte glauben, daß weit einfacher und sprachlich völlig befriedigend geholfen werden kann, wenn man durch bloße Gemination zweier Buchstaben statt quis quivis liest. Quivis eorum braucht derselbe Ulpian bei ganz ähnlicher Erörterung in l. 5 pr. D. de nox. act. 9, 4 (vgl. auch Ulp. in l. 8 eod.: quivis ex dominis).

Was nun den Sinn der Stelle anbelangt, so besitzen wir darüber die eingehenden Erörterungen von Ribbentrop Correalobl. S. 95 f. Schmidt, Interdictenverf. S. 201 f. Stölzel, Lehre v. d. O. N. N. S. 405 f. Bekker a. a. O. von denen ich am meisten mit Bekker übereinstimme[1]). Drei Fälle werden unterschieden.

---

1) Ich war schon vor Bekkers Werk zu den gleichen Resultaten in dem hier gegebenen Zusammenhange gelangt und freue mich um so mehr der Uebereinstimmung.

Erster Fall. „iussu meo ist das sepulchrum alienum gestört, gegen mich kann geklagt werden; daß Ulpian sich hierfür auf Labeo bezieht, beweist", daß dieser Punkt damals noch keineswegs zweifellos war. Cf. Javolenus libro XIV ex Cassio l. 37 pr. D. ad leg. Aqu. 9, 2.

Zweiter Fall. „Si communi consilio plurium id factum sit entweder a) mehrere haben communi consilio selber die Erde zusammengeschaufelt (abgeladen) oder b) sie haben comm. consilio den iussus gegeben, dies zu thun. Die Antwort von Ulpian schließt wieder an Labeo an, denn das Labeo scribit muß auf das Folgende so gut wie auf das Vorhergehende bezogen werden: licere vel cum uno vel cum singulis experiri und zwar vel cum uno [in solidum] vel cum singulis [pro parte], ohne diese zugedachten, nicht zugeschriebenen Zusätze wäre die Gegenüberstellung cum uno — cum singulis sinnlos. Daß nicht kumulativ [wie bei den Pönalklagen] cum singulis in solidum geklagt werden könne, ergiebt zum Ueberfluß die Schlußbemerkung Ulpians: superiore etenim casu [unserm 2. Fall] alterius conventio alterum liberat, gleichviel ob man darin conventio oder perceptio liest. Im Princip stimmt diese Entscheidung mit der von Paulus in l. 9 D. de iurisd. 2, 1, wo auch das unum consilium die kumulative Verhaftung in solidum ausschließt" [1]). Hierbei entsteht aber das (von Bekker nicht gewürdigte) Bedenken, daß es stilistisch hart ist, unmittelbar hinter licere.... vel cum singulis [pro parte] experiri fortzufahren, opus enim quod a pluribus pro indiviso factum est singulos in solidum obligare. Bleibt auch der Gedanke verständlich, so erwartet man doch stilistisch eine Anknüpfung an das erste

1) Vergl. ferner über unum consilium s. factum l. 2 § 41 D. ne quid in l. publ. 43, 8. l. 2 § 1 D. si ventr. no. 25, 5.

Glied der Alternative (vel cum uno) etwa mit den Worten: opus enim q. a pl. p. ind. f. est quemvis in solidum obligare.

Ich lege zwar diesem Bedenken nicht so viel Gewicht bei, daß ich den Text, wie er lautet, für unannehmbar erachtete, aber ich würde vorziehen, den ganzen Satz opus enim etc. in den 3. Fall hinter scilicet in solidum zu ziehen, wie ich sogleich näher rechtfertigen werde.

Dritter Fall. Si proprio qui[vi]s eorum consilio hoc fecerit. Hier denke ich zwar auch (mit Bekker) an den Fall, daß A, B, C jeder proprio consilio dem Z den Auftrag ertheilt haben, die gesammte Erde (Schutt) auf der fremden Grabstätte abzuladen, z. B. mehrere bauende Miteigenthümer oder Bauherr und Baumeister, aber ich halte (abweichend von B.) ebensowohl für möglich, daß A, B, C proprio consilio selbst aufschaufeln oder abladen, jeder einen Theil, und dennoch jeder für das Ganze haftbar gemacht wird, nämlich wenn die ganze Anhäufung als ein opus pro indiviso factum erscheint. Wann dies anzunehmen, ist Thatsachenfrage, wobei auf die Gleichzeitigkeit des Handelns und das gegenseitige Wissen besonderes Gewicht zu legen sein wird, z. B. mehrere Nachbarn wünschen ihren Schutt bequem loszuwerden und benutzen eine Abwesenheit des Grabstätte-Inhabers, um dort abzuladen, der Eine viel, der Andere wenig, aber jeder wissend um das Thun der Andern. Ist es hier so unbillig, daß wer erst ein und dann noch ein Fuder abladet, auch für die 20 Fuder haftet, die ein Anderer in der Zwischenzeit hinschaffte? Muß ja doch jeder auf die actio sepulchri violati mindestens einhundert aurei wirklich zahlen, warum soll er nicht auch hier in solidum haften? Ich erinnere dabei an Stellen wie l. 51 § 1. 2 D. ad leg. Aqu. 9, 2. l. 11 § 2 eod.; hier wie dort bewirkt die Untheilbarkeit des Erfolgs (die Ununter-

scheidbarkeit der Erbtheile, die von jedem Einzelnen herrühren mögen), daß **contra rationem disputandi pro utilitate communi** jeder auf das Ganze haftbar gemacht wird [1]). Gerade deshalb würde ich gern den Satz opus enim etc. hierher hinter das scilicet in solidum ziehen, weil dieser Fall eher einer besondern Begründung bedarf als der iussus communi consilio, und jedenfalls wird es statthaft sein, jenen Satz wie er jetzt steht, sowohl auf das Vorhergehende als auf das Nachfolgende zu beziehen.

Wie aber haften diese Mehreren? Sicher ist nur, daß sie nicht electiv haften, zweifelhaft dagegen, ob solidarisch oder cumulativ. Befreit die restitutio operis durch Einen auch die Uebrigen? Gilt dasselbe auch von der Zahlung der litis aestimatio durch Einen, oder müssen Alle das Ganze wirklich zahlen? Aus den Worten der Stelle: cum omnibus esse agendum scilicet in solidum und dann alter conventus alterum non liberabit, quin immo perceptio ab altero, ist wie ich fürchte hierauf eine sichere Antwort nicht zu entnehmen. Denn die Entscheidung hängt ab von der Bedeutung des quin immo und quin immo kann in dieser Verbindung ebensogut heißen: „ja nicht einmal die perceptio befreit", als umgekehrt: „wohl aber befreit die perceptio" [2]). Wir werden uns also nach Gründen allgemeinerer Natur umsehen müssen, aber auch da glaube ich einerseits (unten Nr. IV) den Beweis führen zu können, daß mindestens im strengen Interdictenverfahren eine

---

1) Die Entscheidungen über commixtio und confusio (l. 3—5 D. 6, 1 u. a.) können hier keinen Gegengrund bilden.

2) Möglich, daß Ulpian schrieb: quin immo nec perceptio; möglich, daß die Compilatoren das nec strichen. Quin immo habe ich anderweit bei Ulpian gefunden in folgenden Stellen: l. 35 D. de nox. act. 9, 4. l. 1 § 2 D. si pars hered. 5, 4. l. 10 D. comm. praed. 8, 4. l. 24 § 21 D. de fid. lib. 40, 5. l. 25 § 7 D. de H. P. 5, 3.

cumulative Haftung Mehrerer, zum wenigsten im Fall ausbleibender Naturalrestitution möglich blieb, während andrerseits dem Ulpian auch schon rein solidare Haftung Mehrerer bekannt war (l. 14 § 15 D. quod met. c. 4, 2: verius est l. 17 pr. D. de dolo 4, 3: puto. l. 1 § 4 D. de eo per q. f. e. 2, 10: cum nihil intersit). Ich verzichte deshalb darauf, Ulpians wahre Meinung strict beweisen zu können, betrachte aber als selbstverständlich, daß in Justinians Sinne nur solidare Haftung gemeint sein kann.

Nunmehr werden wir uns auch mit dem schwierigsten Theil unserer Stelle, dem Schlußsatz, abfinden können, der uns zu unserm zweiten Fall zurückführt. Superiore enim casu alterius conventio alterum liberat. Also wenn die Mehreren communi consilio gehandelt haben, befreit schon die bloße Belangung des Einen die Andern, es findet electio statt wie bei Correalschuldnern. Das harmonirt freilich nicht mit Ribbentrops Theorie von der bloß solidarischen Verbindlichkeit mehrerer Delinquenten, aber Ribbentrops u. A. Aushülfe: bei conventio an ein Belangen mit Erfolg zu denken ist „gerade hier in der Nähe von perceptio wenig verlockend.“ Eine Textesemendation (perceptio statt conventio) „wäre gewaltsam.“ Bekker schließt: „Bis auf weiteres werden wir annehmen müssen, daß Ulpian hier wirklich für die conventio sich habe aussprechen wollen, wenn auch seine Gründe nicht gleich klar zu legen sind.“ Vielleicht vermag hierzu unsere gleich folgende Betrachtung (III und IV) beizutragen. Vorweg aber wollen wir noch die Consequenz ziehen, daß wenn Ulpian hier electio annimmt, dies auch in dem unmittelbar vorangehenden Fall (l. 13 § 7 eod. aus demſ. Buche) gelten muß, wo colonus iussu domini handelt und ambo tenebuntur. Und wenn dann Paulus bei einem gleichartigen Fall in l. 6 eod. sagt: sed uno ex his satisfaciente ceteri

liberantur, so muß entweder schon Paulus anderer Ansicht als Ulpian (Labeo und Julianus) gewesen sein, oder das satisfaciente nicht von Paulus herrühren [1]).

III.

Ich behaupte, nach klassischem Recht konnte die condictio furtiva gegen mehrere Diebe nur electiv gebraucht werden, so daß die bloße Litiscontestation mit Einem die Andern befreite. Dem widerspricht direct die bekannte c. 1 C. de cond. furt.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Hermogeni.

Praeses provinciae sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero numorum furtim subtractorum electionem esse ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, iure proferre sententiam curabit.

Dat. Kal. Mai. Caess. Conss. [294—305].

Die Echtheit dieser Stelle ist nicht zu bezweifeln, die Annahme, daß die Worte ac tum demum.... liberari ein Emblem seien, ohne jeden Anhalt [2]). Aber daß dies nicht klassisches Recht war, glaube ich mit Bestimmtheit beweisen zu können. Den stärksten Grund gewinne ich

1) durch ein argum. e contr. aus l. 76 § 1 D. de furt. 47, 2. Hier wird (von Pomponius libr. 38 ad

---

1) Stölzel a. a. O. S. 507. 459 f. will unter satisfacere nur das durch Bürgen verstärkte Versprechen, in judicio zu erscheinen und sich auf den Rechtsstreit einlassen zu wollen, verstehen. Dies würde für electio sprechen, denn Solidarschuldner werden durch bloße Caution gewiß nicht frei. Aber ich halte diese Interpretation nicht für richtig.

2) Vgl. Samhaber Correalobl. S. 158.

Quintum Mucium) folgender Fall besprochen: ein zweiter Dieb bestiehlt den ersten. Der erste hat keine Klage gegen den zweiten, aber der bestohlene Eigenthümer kann gegen beide klagen.

> Dominus igitur habebit cum utroque furti actionem ita ut si cum altero furti actionem inchoat adversus alterum nihilominus duret; sed et condictionem, quia ex diversis factis tenentur.

Dieser Grund: quia ex diversis factis tenentur kann nicht erklären sollen, warum dem Eigenthümer die condictio gegen Beide überhaupt zusteht; das war dem Pomponius nach dem ganzen Inhalt seiner Erörterung unzweifelhaft und hätte jedenfalls nicht durch diese Erwägung gerechtfertigt werden können. Der Grund hat vielmehr nur dann Sinn, wenn als gesagt gelten soll sed et condictionem cum utroque habebit **ita** ut si cum altero eam inchoat adv. alterum nihilom. duret. Und wenn das aus den diversis factis folgt, so muß für unum factum das Gegentheil, d. h. Consumtion beider Klagen durch Litisconteſtation mit Einem gegolten haben.

Zur Unterstützung dieses Beweises werden folgende Erwägungen dienen.

2) Es ist befremdend, daß für diesen Fall im Corp. Jur. sich nicht die Entscheidung eines klassischen Juristen findet, sondern erst ein Rescript von Diocletian und Maximian aus dem Jahre 294—305. Dieses Bedenken wiegt immerhin schwerer, als auf den ersten Blick scheint. Die condictio furtiva war eins der praktisch häufigsten Rechtsmittel, sie wird von den Juristen an vielen Stellen auf das eingehendste behandelt (wenn auch der Titel XIII, 1 Dig. dürftig genug ausgefallen ist), es ist gar nicht zu denken, daß ein so nahe liegender und wichtiger Fall wie Schadensersatz aus einem von Mehreren gemeinschaftlich verübten furtum in den von den Compilato-

ren excerpirten Schriften nicht vielfach und ausgiebigst erörtert gewesen wäre. Warum nun schweigen die Pandekten? warum im Codex nichts als diese Entscheidung aus später Zeit? Offenbar weil in den klassischen Schriften nicht zusagende Entscheidungen sich fanden [1]), und da diese auf partielle Haftung nicht lauten konnten, so bleibt nichts übrig als electio; klingt es doch selbst im Rescript Diocletians noch wie eine sprüchwörtliche Reminiscenz: furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero electionem esse.

3) Einen fernern Grund finde ich in der stipulatio tertiae partis, die der Beklagte bei jeder condictio certi eingehen mußte. Galt bei condictio furtiva keine electio, so konnten alle Schuldigen gleichzeitig in besonderen Prozessen auf das Ganze belangt werden und jeder mußte für sich tertiam partem des Ganzen promittiren. Wenn nun das Gesetz den unterliegenden Theil um 33$^{1}/_{3}$ Procent strafen wollte, so konnte es doch nicht füglich Mehreren, die für einen und denselben nur einmal zu zahlenden Anspruch hafteten und vielleicht sämmtlich den gleichen Rechtszweifel zur Entscheidung bringen wollten, die Rechtsverfolgung so erheblich erschweren wollen.

4) Endlich möchte ich auf folgenden Punkt aufmerksam machen. Nur die Sabinianer erkannten den Satz an: omnia judicia absolutoria esse. Die Proculianer leugneten ihn, namentlich für stricti iuris actiones. Gaj. 4, 114 mit Huschkes Restitution. Gewiß war letzteres altes Recht, aber noch zu Gajus Zeiten fand man darin wenigstens keinen un-

---

1) Allerdings ist der Codex zuerst redigirt und Wiederholungen sollten vermieden werden in den Pandekten (c. 1 § 9. c. 2 § 14 C. 1, 17). Aber dies reicht nicht aus zur Erklärung. Vgl. die weiteren Fälle unten Nr. IV.

erträglichen Satz (cf. sogar Paul. lib. 74 ad ed. l. 84 D. de V. O. 45, 1). Galt nun bei cond. furt. keine electio, so konnten eben alle Schuldigen gleichzeitig in besonderen Prozessen auf das Ganze belangt werden, und wenn jetzt Einer zahlte, so wurde nicht einmal er selbst, geschweige die Uebrigen befreit. Aus der s. g. solidarischen Verbindlichkeit wäre im Prozeß eo ipso eine vielfache geworden.

Irre ich nicht, so haben diese Gründe eine weitere Tragkraft und beweisen, daß die sog. solidarischen Verbindlichkeiten in den alten Prozeß überhaupt nicht hineinpassen.

Kehren wir nun zu den Interdicten zurück.

IV.

Auch bei denjenigen restitutorischen Interdicten, welche nicht gegen den Besitzer als solchen gehen, sondern der Sache nach Schadensersatz aus Delicten vel quasi bezielen, folgt die elective Haftung Mehrerer zunächst aus dem Verfahren. Dieses kann bekanntlich ein doppeltes sein: cum periculo, das strenge, wo beide Theile Strafsponsionen abschließen, und nothwendig einer von beiden die Strafe verlieren muß, worauf dann erst in einem besondern Verfahren die Sache selbst gefordert wird; sine periculo, wo der Beklagte antequam ex jure exeat einen arbiter erbittet, und dann die Sache ohne Strafsponsionen ganz wie eine gewöhnliche actio arbitraria verhandelt wird. Im letztgedachten Verfahren hätte eine solidarische Haftung Mehrerer Platz, im strengen nicht. Arbitratu arbitri ist restituirt und alle Beklagte sind zu absolviren, sobald dem Kläger die Sache zurückgegeben oder das Werk beseitigt ist, einerlei wer von mehreren gleich Pflichtigen dies bewirkt hat. Dagegen liegt im strengen Verfahren die Bedingung der Strafsponsionen: si contra Edictum Praetoris ita

restitutum non erit bereits zur Zeit des Abschlusses der Sponsion in der Vergangenheit und zwar für jeden einzelnen der gleichzeitig belangten mehreren Thäter, so daß jeder einzelne Beklagte die Strafe zahlen muß und jeder einzelne dieselbe vom Kläger zu erhalten hat, je nachdem der Kläger richtig oder unrichtig stipulirt hat. Dasselbe gilt nun bei dem nachfolgenden judicium de re restituenda ut si sponsione vicerit nisi ei res restituatur [tantidem quanti sponsio facta sit, adversarius condemnetur. Huschke. adversarius quanti ea res sit condemnetur. B. Hollw.], denn auch hier müßte, wenigstens dann, wenn nicht restituirt wird, jeder in solidum verurtheilt werden.

Es bedarf keines Wortes der Rechtfertigung dafür, daß das strenge Verfahren das ältere, die arbitri postulatio eine spätere Milderung ist. Praktisch muß dadurch das alte Verfahren zum größten Theil verdrängt worden sein, aber doch keineswegs ganz. Denn so lange die Römer überhaupt an die Strafsponsionen und sonstige Nachtheile für den unterliegenden Theil gewöhnt waren, wird gewiß gar mancher Beklagte im Bewußtsein seiner Unschuld, um für sich zu lucriren und den Gegner zu strafen, es auf die Sponsion haben ankommen lassen.

Was sagen nun die Quellen? Gar nichts oder so viel wie nichts. Dieses beredte Schweigen hier und bei gar manchem andern Punkte wird bei weitem nicht genügend gewürdigt. Die römischen Juristen hatten eine ganz feste, fast handwerksmäßige Technik, declinirten und conjugirten ihre Edictsparagraphen herunter wie ein regelmäßiges und unregelmäßiges Verbum, kannten die Praxis, schrieben für die Praxis und wandten einige Phantasie an, um die häufigeren Gestaltungen im Voraus zu combiniren und dem Iudex den Stoff zur Hand zu legen. Nun finden wir, daß bei einer Anzahl Klagen die

plures rei stets erwähnt werden, bei andern nicht. Jene beweisen, daß dieser casus in die regelmäßige Edictsdeclination aufgenommen war, weshalb fehlt er bei andern und gerade bei condictio furtiva, actio rerum amotarum, interdictum de vi, de vi armata, actio vi bonorum raptorum [1])? wo konnten mehrere Delinquenten häufiger vorkommen, als bei diesen Klagen?

Doch eine Stelle ist allerdings vorhanden: l. 1 § 13 D. de vi 43, 16.

Ulpianus libro sexagensimo nono ad edictum.

Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse Sabinus ait et alterius nomine alteri [alterum] eximi, sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita, non enim excusatus est, qui iussu alicuius dejecit, non magis quam si iussu alicuius occidit: cum autem falsus est procurator, cum ipso tantum procuratore interdici debere. Sabini sententia vera est.

Nicht der gemeine Fall, daß Mehrere vereint dejiciren, aber doch ein nahe verwandter wird hier besprochen: der Eine befiehlt, der Andere führt aus. Auch hier ist dem Sabinus zunächst in Frage, ob überhaupt der Andere hafte, und er hält für nöthig, besonders hinzuzufügen [2]), daß der erhaltene Auf-

---

1) Letztere war bekanntlich eine actio mixta, das simplum Schadensersatz, das triplum Strafe. Wie nun bei mehreren Räubern? konnten alle gleichzeitig auf das quadruplum belangt werden? Wirkte dieselbe Klage zum Theil electiv, zum Theil cumulativ?

2) Ich schreibe auch den Satz non enim excusatus est rel. trotz der oratio directa dem Sabinus zu; Ulpian copirte die Worte des Sa-

trag den procurator nicht entschuldige, so wenig bei dem Dejections= als beim Mordauftrage. Erst in zweiter Linie wird auch das Wie? der Haftung berührt.

Zunächst ist der Text festzustellen. Die Urschrift des Florentinus hat das an sich sinnlose alteri. Der ordinarius corrector setzte alterum. Mommsen will sich an die Urschrift halten und glaubt, daß eine ganze Zeile ausgefallen sei:

> et alterius nomine [lite aestimata item eam, quae inferri poterat eodem nomine] alteri, perimi, sic tamen, si etc.

Allein dadurch entsteht eine höchst schleppende Construction und der Grund non enim excusatus est wird immer weiter abgedrängt, zugleich ist das handschriftliche eximi preisgegeben. Ich ziehe vor, der Correctur alterum zu folgen und übersetze ganz wörtlich: durch den Namen des Einen, d. h. durch Einfügung seines Namens in die formula wird der Andere herausgenommen (ausgeschlossen), kurz ich finde in den Worten den allgemeinen Gedanken der electio durch Lit. Cont. [1]) einmal so ausgedrückt, als ob die formula nur für Einen Namen Platz hätte und der Zweite von selbst herausfalle, wenn der Erste hineingesetzt wird. Ich kann zwar keine Parallelstelle anführen, worin dieses Bild wiederholt würde [2]), aber sprachlich und gedanklich dürfte nichts dagegen einzuwenden sein [3]). Nimmt

---

binus und änderte die Construction nur am Eingang und Ausgang. Dies zeigt das cum autem falsus est procurator. Mommsen deutet durch Einklammerung an, daß er non enim excusatus est für Worte Ulpians hält.

1) Auf electio deutet schon das cum utrolibet eorum.

2) Anklänge finden sich in l. 17 § 7 D. de iniur. 47, 10. Fragm. leg. Acil. repet. c. 5. l. 11 § 2 D. de accus. 48, 2.

3) Dasselbe Resultat ergiebt die Conjectur conventione statt no-

man diesen Sinn an (sei es um der Worte, sei es um meiner andern Gründe willen) so erhält der Zusatz sic tamen si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita eine neue Beleuchtung. Eine so perverse Denk- und Sprechweise kann nicht von einem römischen Juristen, zum mindesten nicht von dem ursprünglichen Verfasser (Sabinus) herrühren. Das Herausdrängen aus der Formula oder die gegenwärtige Wirkung der Litiscontestation kann nicht von der erst künftig zu erfüllenden Bedingung si fuerit praestita abhängig gemacht oder gedacht werden; zahlt der Eine, so kann wohl die Zahlung den Zweiten liberiren, aber ganz gewiß nicht die frühere Litiscontestation, gleichsam ex post purgirt, und ein römischer Jurist, der so etwas ausdrücken wollte, würde gewiß von einer restitutio judicii gegen den (nach strengem Recht liberirten) Zweiten für den Fall der Insolvenz des Ersten gesprochen haben, und er würde ferner diese ganze Erörterung nicht mitten hinein in einen Satz gestellt haben, in dem er wesentlich die Frage, **ob** der Andere hafte, prüfen wollte.

Ob aber der Zusatz von Ulpian oder Tribonian herrührt? Besser passen würde er schon für letzteren, aber auch dem Ulpian konnte beim Einschalten in den fertigen Satz eines Andern eine Ungenauigkeit unterlaufen und es ist ja möglich, daß schon Ulpian bei dem interdictum unde vi, also bei Dejection von einem Grundstück mittels atrox vis, gegen die den Thätern zu günstige electio Restitution gewähren wollte, während er beim interd. quod vi aut clam dies nicht für nöthig hielt. Dagegen kann es nichts Auffallendes haben, daß jenes Recht der electio überhaupt einmal galt, wenn man bedenkt, daß ja neben dem Interdict mancherlei Pönalklagen hergin-

mine, welcher Ribbentrop folgen möchte. Aber das eximi hat dann nicht die drastische Bedeutung wie bei nomine.

gen, namentlich nach einer noch zu Ulpians Zeit von der Minorität verfochtenen Ansicht[1]) die actio furti fundi nomine, daß sonach ein dejicirter Gutsherr, dem jeder von zehn Dejicienten erst einmal als fur das Doppelte des Gutswerths bezahlt hatte, sich hinsichtlich der Restitution immerhin mit electio begnügen konnte.

1) l. 25 pr. D. de furt. 47, 2. cf. Gell. N. A. 11, 18 § 13. Gaj. 2. 51. l. 38 D. 41, 3.

Druck der Friedrich Mauke'schen Officin in Jena.

Intelligenzblatt zu Jhering's Jahrbüchern.







